عقد الاستصناع

بين دراسة شرعية تأصيلية وصيغة تمويلية معاصرة

إعداد

دكتور/ علي أحمد الندوي

معهد الاقتصاد الإسلامي، جامعة الملك عبد العزيز، جدة

عقد الاستصناع

- بين دراسة شرعية تأصيلية وصيغة تمويلية معاصرة -

إعداد
دكتور/ علي أحمد الندوي
معهد الاقتصاد الإسلامي، جامعة الملك عبد العزيز، جدة

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على رسوله الكريم سيدنا محمد وآله وصحبه أجمعين ، وبعد

فقد اشتمل هذا البحث على تمهيد ومقدمة وسبعة مباحث وخاتمة:

-تمهيد: إن عقد الاستصناع من العقود التي عني بها العلماء والباحثون منذ عقود من السنين، ومما يؤكد ذلك أن مجمع الفقه الإسلامي الدولي-بجدة، خصص هذا الموضوع بعرضه في الدورة السابعة لمؤتمره السابع بجدة سنة ١٤١٢هـ/ ١٩٩٢م ، بصدد تناول القضايا الاقتصادية المعاصرة، واستدعى ذلك استكتاب الباحثين من أعضاء المجمع وخبرائه، فأعدت طائفة من البحوث تناولت عقد الاستصناع بأساليب مختلفة، كما هو موضح في الجزء الثاني من العدد السابع لمجلة المجمع.

وهناك دراسات سابقة ولاحقة أخرى في هذا المجال، ومنها:

١-عقد الاستصناع في الفقه الإسلامي-دراسة مقارنة-، لكاسب عبد الكريم بدران،رسالة الماجستير، من المعهد العالي للقضاء بجامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية بالرياض سنة ١٣٩٨هـ/١٩٧٨م، ط:دار الدعوة ، الإسكندرية.

٢-عقد الاستصناع: التكييف الشرعي والقانوني لحكم التعامل به دراسة فقهية تأصيلية مقارنة، للدكتور ناصر أحمد إبراهيم النشوي، ط: دار الفكر الإسلامي، الاسكندرية، ٢٠٠٧م

٣-عقد الاستصناع وأثره في تنشيط الحركة الاقتصادية، للدكتور محمد أحمد الصالح،، الطبعة الأولى، ١٤١٧هـ/١٩٦٦م

وفي سلسلة تلك الدراسات وسلكها تنخرط هذه الدراسة من باب استكمال مسيرة الموضوع، من ناحية إثارة قضايا فقهية مهمة ظلت مثار النزاع لدى الفقهاء، وطرح صيغة مقترحة لتعريف الاستصناع، ينص فيها على لزوم العقد من أوله، و اشتراط العمل من الصانع عقب العقد، وجواز تأجيل الثمن، وتحديد الأجل، لكي يكتسب الاستصناع صفة الاستقلال، مميزا عن السلم ومطلق البيع، مع جواز الاستصناع الموازي. وأرى من الجدير أن تعطى هذه الصبغة الشرعية للعقد منذ أول وهلة لكي يظهر عقدا مرنا صالحا للتطبيق في الظروف الراهنة، بحيث يعزز التنمية الاقتصادية. ومن المعلوم أن "لكل متجدد حكمه"[1]

وهناك قضية جوهرية ركز عليها في نهاية المطاف وهي أنه قد أصيب هذا العقد من الشح في التطبيق والتفعيل على الرغم ما فيه من المرونة والخصوبة في الاستثمار. ثم في كثير من الحالات التي جرى فيها تطبيقه من قبل المصارف والمؤسسات الإسلامية، ظهر التمويل صوريا، بغية الحصول على الأرباح بدون تحمل أي خطر تجاري. ولذا من المستغرب أن تجد معظم التطبيقات العملية تدور في فلك واحد على الوتيرة المشار إليها آنفا. ومقتضى ذلك أن يكرر النداء وتستحث الخطى بمزيد من الدراسات، لكي تزول الإشكالات الفقهية والمشكلات العملية في ساحة المصرفية الإسلامية المؤسسة على العقود السليمة من الناحية الشرعية.

ومن المصادر الفقهية الأصيلة الجديدة التي اقتبس منها في هذا البحث: "كتاب المحيط البرهاني لابن مازة"، وقد صدر قبل سنوات مطبوعا، وكذلك استفيد فيه عند تحرير الضوابط والمعايير التي يجب الالتزام بها من "المعايير الشرعية"، الصادرة المعتمدة من "هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية".

وأسأل الله تعالى أن يكون عملا متقبلا، ورافد علميا جديدا، نافعا محققا لمصالح الأنام. وما توفيقي إلا بالله وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين.

د. علي أحمد الندوي

---

[1] المفهم فيما أشكل من كتاب مسلم، لأبي العباس القرطبي ٢٠٨/٤

مقدمة البحث: لمحة تاريخية عن الصناعة والاستصناع:

قبل ولوج باب الاستصناع وبيان أهميته منذ بداية طوره وتصوره إلى بروزه في صورة وعاء استثماري كبير ينبغي أن نسترعي الانتباه إلى أن الصناعة رافقت حياة الإنسان مرافقة الظل منذ أن برأ الله تعالى هذا الكون وسخر ما فيه لعباده مع التطور في الصناعات حسب مقتضيات كل عصر ومصر، فمن جملة معايش الناس ومكاسبهم المعروفة السائدة المستمرة عبر العصور "كسب صناعة" (١) .

ومن شرف هذا النوع من المكاسب أن عدداً من أنبياء الله تعالى كانوا ذوي مهن وصناعات شريفة، ففي صحيح مسلم عن أبي هريرة رضي الله عنه : أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال "كان زكريا نجاراً" (٢) .

قال الإمام القرطبي معلقاً على الحديث المذكور: "إن الحرف والصناعات غير الركيكة زيادة في فضيلة أهل الفضل ، يحصل لهم بذلك التواضع في أنفسهم والاستغناء عن غيرهم وكسب الحلال الخلي عن الامتنان، الذي هو خير المكاسب، كما نص عليه النبي صلى الله عليه وسلم حيث قال: "إن خير ما أكل المرء من عمل يده، وأن نبي الله داود كان يأكل من عمل يده" (٣) . وقد نقل عن كثير من الأنبياء أنهم كانوا يحاولون الأعمال . فأولهم آدم – عليه السلام – علمه الله صناعة الحراثة ، ونوح – عليه السلام – علمه الله صناعة النجارة، وداود – عليه السلام – علمه الله صناعة الحدادة" (٤) .

وهناك شواهد من آيات القرآن الكريم تبرهن على أن أنواعاً من الصناعات ذكرها الله تعالى في معرض امتنانه على عباده، ومنها صناعة الدروع على يد داود –

---

(١) انظر : أدب الدنيا والدين للماوردي ص ٣٣٦ ، تحقيق : ياسين محمد سواس، ط. الأولى، دار ابن كثير، دمشق – بيروت ١٤١٣هـ – ١٩٩٣م.

(٢) صحيح مسلم – مع شرحه "المفهم" للقرطبي – ٦ / ٢٢٧ ، رقم الحديث: ٢٢٩٠ .

(٣) رواه البخاري (٢٠٧٢).

(٤) المفهم لما أشكل من تلخيص كتاب مسلم ٦ / ٢٢٧ – ٢٢٨

عليه السلام –. يقول الله تبارك وتعالى: ﴿ وعلمناه صنعة لبوس لكم لتحصنكم من بأسكم فهل أنتم شاكرون ﴾ (١) .

"قيل: كانت الدروع من قبل داود –عليه السلام– ذات حراشف من الحديد، فكانت تثقل على الكماة إذا لبسوها، فألهم الله داود صنع دروع الحلق الدقيقة ، فهي أخف محملاً وأحسن وقاية" (٢).

كذلك إذا أمعنا النظر في عصر سليمان عليه السلام وسعة ملكه الموهوب من الله عز وجل شاهدنا نهضة صناعية في بناء الحصون المنيعة والقصاع العظيمة. قال الله عز وجل: ﴿ يعملون له ما يشاء من محاريب وتماثيل وجفان كالجواب وقدور راسيات اعملوا آل داود شكراً وقليل من عبادي الشكور﴾ (٣) .

"والمحاريب : جمع محراب، وهو الحصن الذي يحارب منه العدو والمهاجم للمدينة، أو لأنه يرمي من شرفاته بالحراب، ثم أطلق على القصر الحصين... .

والجفان : جمع جفنة وهي القصعة العظيمة التي يجفن فيها الماء. . . وشبهت في عظمتها وسعتها بالجوابي وهي جمع : جابية وهي الحوض العظيم الواسع العميق الذي يجمع فيه الماء لسقي الأشجار والزروع" (٤) .

وسليمان عليه السلام هو الذي صنع له صرح ممرد (٥) من قوارير، وكان آية باهرة في الحسن والإتقان واللمعان كما يستوحى من سياق التعبير القرآني: ﴿ قيل لها ادخلي الصرح فلما رأته حسبته لجة وكشفت عن ساقيها قال إنه صرح ممرد من قوارير﴾ (٦) فهنا شاهدت ملكة سبأ أثراً بديعاً من آثار الصناعة الحكيمة وهو الصرح والمراد به صحن القصر الذي كان فيه سليمان عليه السلام.

---

(١) الأنبياء ٨٠ .

(٢) تفسير ابن عاشور : التحرير والتنوير ١٢٠/١٧ – ١٢١ .

(٣) سبأ : ١٣ .

(٤) تفسير ابن عاشور ١٦٠/٢٢ ، ١٦٢ .

(٥) والممرد من : مرّد البناء أي سواه وملسه . المعجم الوسيط.

(٦) النمل ٤٤ .

وحكاية أنها حسبته لجة عندما رأته تقتضي أن ذلك بدا لها في حين دخولها ، فدل على أن الصرح هو أول ما بدا لها من المدخل وهذا من بديع الصناعة التي اختصت بها قصور سليمان عليه السلام في ذلك الزمان (١) .

وذلك من باب تمام النعمة على عبده الصالح المكرم بالنبوة ، الذي آتاه الله من كل شيء وفضله على كثير من عباده وجعله مثالاً للطاعة والعبادة مع العيش في قصر مشيد منيف.

وتصور مدى عظمة سفينة نوح عليه السلام التي صنعها تحت رعاية الله تعالى وكلاءته. إذ يقول الله عز وجل : (واصنع الفلك بأعيننا ووحينا) (٢).

هذه نبذة يسيرة من الآيات البينات، فيها تنويه بشأن الصناعة في مختلف أنواعها، وإشارة إلى أنها من الدعائم التي تقوم عليها الحياة الاجتماعية ويستتب بها نظام المعيشة.

وبجانب تلك النماذج التي تمثل الصناعات الضخمة في العصور السابقة هناك صناعات صغيرة كثيرة كانت ولا تزال تعد من المرافق الأساسية التي لا غنى عنها للإنسان مع التفاوت في أنواعها المتعددة حسب طبقات الناس من الموسرين والمعوزين، ثم إن تطور حاجات الناس مع تطور الحضارة والمدنية في العصور المتعاقبة هو الذي دفع إلى ازدهار صنوف من الصناعات التي تعكس اتجاهات مختلفة حسب اختلاف المشارب والأذواق ومن المعلوم أن الأمم المتحضرة كان لها أكبر نصيب في الصناعات نتيجة فشو الترف فيها.

ويبدو أن حياة العرب المسلمين في الجزيرة العربية في العصر الإسلامي الأول لم يكن فيها انتشار الصناعات باعتبار أنها كانت بعيدة عن الجوانب الحضارية الراقية المرموقة ، ولأن ما يحتاج إليه الناس من المقومات واللوازم الأساسية مثل الأواني والأقمشة والأحذية وغيرها ربما كانت تستجلب من البلاد المجاورة ، ولكن ذلك لا

---

(١) انظر: تفسير ابن عاشور ٢٧٥/١٩ .

(٢) هود : ٢٧ .

ينفي وجود صناعات محلية بسيطة كان الناس يتعاطونها فيما بينهم فيما تمس الحاجة إليه. وهناك وقائع يتبين منها حدوث استصناع في أشياء عادية عامة مثل طلب صناعة خاتم وقلنسوة ومنبر وغيرها، وهي أمثلة كافية لإعطاء التصور المبدئي لمثل هذا العقد في زمن الرسالة وإن كان من الصعوبة بمكان الاهتداء إلى طريقة التعامل في مثل هذه الحالات إذ لا يوجد نص صريح يكشف عن ضوابط شرعية مميزة للاستصناع مثل العقود المسماة الأخرى. ثم لما تطور نمط الحياة وبدأت الرفاهية تتغلغل في المجتمع تنوعت الصناعات وبرزت أهميتها في العصور اللاحقة . وهذا ما جعل أئمة الاجتهاد يضعون ضوابط الاستصناع.

ففي القرن الثاني الهجري قام فقهاء المذهب الحنفي بتطوير عقد الاستصناع، إذ فصلوه عن عقد السلم وفصّلوا أحكامه ووضعوا له شروطا خاصة يتميز بها عن السلم وعقود مشابهة أخرى من البيع المطلق والإجارة والجعالة في زوايا مختلفة ، وكل ذلك تطرق إليه الفقهاء قديماً. ثم دخل هذا العقد مرحلة جديدة منذ عقود من السنين ونال البحث فيه أهمية قصوى في الظروف الراهنة أكثر مما كانت في العصور السابقة، وبالتالي خصص بدراسات ومناقشات متعددة. وهذا لا يمنع أن تحضر فيه بحوث أخرى تتناول جوانب مهمة تحتاج إلى مزيد من التمحيص، لكي يكون أكثر ملاءمة للتطبيق ويؤدي دوره المطلوب في الاستثمارات الحديثة ، فالواقع أن هذا العقد إذا أحسن تنفيذه بعد تطويره على الوجه الذي يحافظ به على أصالته وسماته الجوهرية مع التغاضي عن بعض القيود والمحترزات المذهبية المقيدة التي قد تعرقل مسيرة التعامل أدى إلى نهضة صناعية ومن ورائها إلى مكاسب تجارية مربحة . أما إذا أسيء استعماله وغطي التمويل الربوي باسم الاستصناع فتلاشى دوره البناء وباءت المحاولات والجهود المبذولة في سبكه من جديد بالفشل ، ولكن المؤمل أن يأخذ حظه متسما بطابع الحيوية والمرونة مصوناً بخصائصه، ويؤتي ثماره الطيبة في إطار التنمية الاقتصادية في بلاد المسلمين.

المبحث الأول: تعريف الاستصناع : استعراض واختيار

الاستصناع لغة: طلب صناعة الشيء، والاصطناع قريب منه، اصطنع خاتماً : أي أمر أن يصنع له خاتماً (١) .

تعريف الاستصناع اصطلاحا:

في الحقيقة ليس هناك غموض أو صعوبة في معرفة طبيعة عقد الاستصناع، ولكن بالنظر إلى وقوع الخلاف في تخريجه وتكييفه لدى فقهاء المذهب الحنفي مؤسسي عقد الاستصناع ، ظهر التفاوت في صيغ التعريف أيضا ، ومن المناسب أن أورد نبذة منها لكي يخلص منها إلى تحديد مرادهم من الاستصناع ، فهي كالآتي:

- هو "بيع عين شرط فيه العمل" (٢) .
- هو "عقد على مبيع في الذمة وشرط عمله على الصانع" (٣) .
- هو "عقد على مبيع في الذمة شرط فيه العمل" (٤) .
- "بيع ما يصنعه عيناً، فيطلب فيه من الصانع العمل والعين جميعاً" (٥) .
- "طلب العمل من الصانع في شيء خاص على وجه مخصوص" (٦) .

ومنهم من صوره ورسمه على النحو التالي :

"صورة الاستصناع أن يجئ رجل إلى خفّاف ويقول له: اخرز لي خفاً كذا بكذا ، ويسلم الدراهم أو بعضها أو لا يسلم" (٧) .

أو أن يقول له: "اصنع لي من مالك خفاً من هذا الجنس بهذه الصفة بعشرين"(٨).

---

(١) لسان العرب ، مادة صنع .

(٢) المبسوط ١٥/٨٤ .

(٣) تحفة الفقهاء ٢/٣٦٢ .

(٤) بدائع الصنائع ٥/٢ .

(٥) مجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر ٢/١٠٦ .

(٦) رد المحتار ٤/٢١٢ .

(٧) البناية شرح الهداية ٦/٦٦٣ .

(٨) مجمع الأنهر ٢/١٠٦ .

هذه هي أهم تعريفات الفقهاء ابتداء من الإمام السرخسي وانتهاءً بمحرر المذهب الحنفي الإمام ابن عابدين.

وقد حظي هذا العقد باهتمام القائمين على الأعمال الفقهية الموسوعية، فتعرضت "الموسوعة المصرية" له ، فعرفته بتعريفين على النحو التالي :

"عقد على مبيع في الذمة مطلوب صنعته على أوضاع وشروط تم الاتفاق عليها في العقد في نظير ثمن معلوم" . "وإن شئت قلت: عقد على مبيع في الذمة شرط فيه عمل معين نظير مال معلوم" (١) .

وكذلك قامت "الموسوعة الكويتية" بإعداد دراسة حول هذا العقد ، واعتمدت التعريف الذي ذكره الإمام الكاساني وهو كما سبق ذكره "عقد على مبيع في الذمة شرط فيه العمل" (٢).

وفي عقبها من الجدير بأن يذكر التعريف الذي صاغته لجنة الأحكام العدلية ، باعتبار أن "المجلة" هي التي قامت بتقنين هذا العقد أول مرة، وقد نوهت بهذا التعريف في مقدمتها ثم وضحت ذلك بصدد البحث والعرض لأحكام هذا العقد ، والتعريف الذي وضعته كما يلي :

– "الاستصناع عقد مقاولة مع أهل الصنعة على أن يعمل شيئاً "(٣).

ومعنى المقاولة هنا: المفاوضة ، ففي اللغة : تقاولا أي تفاوضا(٤).

وبهذه المناسبة ينبغي التنبيه على أن مصطلح المقاولة مصطلح قانوني، وقد عرف بأنه: "عقد على القيام بعمل موصوف وصفا نافيا للجهالة في مقابل أجر

---

(١) موسوعة الفقه الإسلامي ٩٠/٧ .

(٢) ر: ٣٢٥/٣ ، استصناع .

(٣) مجلة الأحكام م/١٢٤ .

(٤) ر: المعجم الوسيط (مادة : قول) .

معلوم".(١) وبعبارة أخرى:"عقد يتعهد بمقتضاه أحد المتعاقدين أن يصنع شيئا أو يؤدي عملا لقاء أجر يتعهد به المتعاقد الآخر".(٢)

وبهذا نجده أعم من الاستصناع، ففي حال تعهد المقاول بتقديم العمل والمادة معا، اكتسبت الصيغة معنى الاستصناع.أما إذا اقتصر التزامه على القيام بالعمل فهو حينئذ معبر عن الإجارة على العمل.

ومن باب استكمال الحديث حول التعريفات، ينبغي التنويه بأن هناك بحوثاً ودراسات ضافية مستقلة جادة في عقد الاستصناع وتصدى أصحابها لعرض الموضوع في زواياه المتعددة بإسهاب وتحقيق. وقد عرفوه بتعريفات متقاربة قصدوا منها ضبط الصورة التي تشخص خصائص هذا العقد. وهي في الغالب تدور في فلك المصطلحات التي سلف ذكرها مع استبدال كلمة بكلمة أخرى أو إدخال تعديل طفيف ،اللهم إلا تعريف أستاذنا مصطفى الزرقا فإنه لوحظ فيه التطوير ، وهو الذي عولت عليه في اختيار التعريف مع إضافة قيود أراها ضرورية لكي يتصور العقد على حقيقته ، وقد عرفه بالصيغة الآتية :

"هو عقد يشترى به في الحال شيء مما يصنع صنعا يلتزم البائع بتقديمه مصنوعاً بمواد من عنده بأوصاف مخصوصة وبثمن محدد" (٣) .

و أرى من المفيد أن أشير إلى الجوانب والسمات والملحوظات العامة التي ظهرت لي من التعريفات المسوقة آنفا ، فهي كالآتي:

-قد أكد معظم التعريفات وجوب شرط العمل ، وهذا شرط أساسي جوهري يتميز به عقد الاستصناع من البيع المطلق العادي الذي لا يشترط فيه العمل ، ومن هذا المنطلق نجد التعريفات التي روعي فيها هذا القيد، لا اعتراض عليها مبدئيا ، لأنها

---

(١) عقد المقاولة في الشريعة والقانون، د. أحمد العناني ص ٢٨، عقد الاستصناع وأثره في تنشيط الحركة الاقتصادية، للدكتور محمد أحمد الصالح ١٠٦

(٢) انظر: الوسيط لعبد الرزاق السنهوري ٧/٦-٧، وشرح أحكام عقد المقاولة، لمحمد لبيب شنب، ص١١، عقد الاستصناع للدكتور محمد أحمد الصالح ١٠٧

(٣) عقد الاستصناع ومدى أهميته في الاستثمارات الإسلامية المعاصرة لمصطفى الزرقا ص ٢١.

تنسجم مع طبيعة الاستصناع. ومقتضاها أن العمل الذي يكون محل الاعتبار هو ما يأتي عقب العقد لا قبله.

وكل تعريف ركز فيه على أن العمل والعين كلاهما مطلوب من جهة الصانع يبدو أوضح في بيان المراد من حيث إنه يزيل الالتباس من الإجارة على العمل ، وفي هذه الزمرة المذكورة نجد التعريف الرابع المصرح به في "مجمع الأنهر" يمثل هذه المزية ويصدق ذلك أيضاً على التعريفات التي نص فيها على أنه "عقد على مبيع في الذمة يشترط فيه العمل " .

وقد ظهر تعريف المجلة في صيغته جديداً ، ولكنه موهم لاشتماله على كلمة "مقاولة" لأنها وان كانت استعملت هنا في مفهومها اللغوي أي التقاول بمعنى التفاوض وأشعرت بمفهوم العقد ولكنه يتبادر إلى ذهن القارئ أنها من عقود المقاولات التي قد تدخل في إطار الاستصناع إذا كانت مواد الصنع من الصانع وإن كانت هي من صاحب البناء الآمر المستصنع فحينئذ تعتبر من قبيل الإجارة على الأعمال .

وبعد هذه الانطباعات والكلمات المجملة حول تلك التعريفات أنتقل إلى تعريف الأستاذ مصطفى أحمد الزرقا–رحمه الله–، الذي أسس عليه التعريف المختار فأود أن أقول ما يأتي :

في الواقع هذا التعريف متميز في توضيح العقد ، ولكن إذا أضيف إليه قيد ضروري يكشف عن وجود العمل من الصانع مستقبلياً عقب العقد أصبح الأمر جليا بأن المصنوع إذا كان جاهزا أو موجودا وقت العقد فليس هناك استصناع ، فحينئذ يفقد الاستصناع طبيعته ومزيته، وكلام الأستاذ الجليل في التعريف لا ينفى وجود العمل ولكنه مجمل لا يدرك منه وجود العمل بعد العقد ، ثم تبين من تفسير هذا المجمل وفي ضوء التحليل الذي عرضه أنه لا يرى من الشرط أن يكون: المبيع معدوماً فعلاً عند العقد إذ يقول ما يأتي :

"إن المبيع في الاستصناع مفترض فيه افتراضاً أنه معدوم عند العقد ... ولكن ليس فيه أن يكون معدوماً فعلاً عند العقد وسوف يصنع أو يوجد فيما بعد" (١) .وقد أكد هذا المعنى في مناسبة أخرى أيضاً (٢) .

وهذا التحليل المذكور آنفا مستفاد من عبارة جاءت في التعريف نفسه وهي : (يلتزم البائع بتقديمه مصنوعاً) .

أقول: هذه العبارة في التعريف لا إشكال عليها بل هي وجيهة ومرنة بحيث يمكن أن تشمل صيغة الاستصناع الموازي أيضاً وسيأتي بيانها إذ ليس فيها ما يشير إلى أن يتولى الصانع بنفسه العمل، ولكن النتيجة التي خلص إليها الأستاذ الفاضل وهي عدم ضرورة كون المبيع معدوماً بناء على ما ذكر في صميم التعريف لا تستقيم مع خصائص عقد الاستصناع ، ولذا لو أضيفت كلمة تنص على قيد العمل بعد العقد لزال الالتباس ، وهذا أهم قيد من القيود التي تجب إضافتها إلى هذا التعريف ، وفي ضوء تلك القيود اقترحت الصيغة الآتية للتعريف :

- "الاستصناع"هو عقد يشترى به في الحال شيء مما يصنع صنعاً بعد العقد ، يلتزم البائع في ذمته بتقديمه مصنوعاً بمواد من عنده ، بأوصاف مخصوصة، في أجل معين، لقاء ثمن محدد لم يشترط تعجيله" .

إذ القيد الأول هنا هو إضافة كلمة "بعد العقد" وقد سبق توضيحه آنفا.

"في ذمته": هذه الكلمة واردة في عدة تعريفات، وهي ذات دلالة على أن هذا العقد لم يتعين فيه الصانع الحقيقي ولا المصنوع المشخص ، لأن الذمة تسع أن يكون الصانع نفس المتعاقد أو غيره . وكذلك محل العقد الذي سيخضع للصناعة يعد موصوفاً في الذمة غير متعين قبل التسليم وبالتالي يمكن للصانع أن يقوم بصناعة عدة مصنوعات ومنتوجات بنفس المواصفات المتفق عليها بينه وبين المستصنع في نفس الفترة الزمنية.

---

(١) عقد الاستصناع ص ٢١ .

(٢) المصدر نفسه ص ٣٢ .

"في أجل معين": وفي الحقيقة اختلف فقهاء المذهب الحنفي كما سيأتي في اشتراط الأجل في هذا العقد، ولكن مقتضى الظروف المعاصرة ومتطلباتها والأعراف المتبعة في الالتزامات المالية أن يحدد الأجل ، لأن عدم تعيينه قد يؤدي إلى فوات مصالح بل إلى تحقق أضرار للطرفين.

"ثمن محدد لم يشترط تعجيله" : إن عدم اشتراط تعجيل الثمن يعبر عن أهم عنصر يتميز به هذا العقد عن عقد السلم الذي يشترط فيه تعجيل رأس مال السلم ، وليس بخافٍ ما في عدم اشتراط تعجيله من التيسير الكبير للمستصنعين .

وسيأتي مزيد من الإيضاح لهذه العناصر أثناء البحث. وهنا أكتفي بهذا القدر بصدد وضع تعريف، أراه أكثر ملاءمة بصدد تطوير العقد مع مراعاة الضوابط التي يحافظ بها على أصالة الفكرة.

وحكم الاستصناع بناء على ما ذكر هو ثبوت الملك للمستصنع في العين المبيعة في الذمة وثبوت الملك للصانع في الثمن ملكاً لازماً. والله أعلم.

المبحث الثاني: ظاهرة تنظير الاستصناع وتكييفه بعقود أخرى:

ينبغي التنبيه هنا إلى أن تلك التعريفات التي سلف ذكرها تمثل رأي جمهور فقهاء المذهب الحنفي الذين قالوا إن الاستصناع بيع أو عقد .ولكن في ثنايا البحث حول هذا الموضوع نلمح وجود وجهات نظر وتصورات أخرى لبعض فقهاء المذهب نفسه في تنظير الاستصناع وربطه بعقود ذات صلة وشبه يظهر الاشتراك فيما بينها من بعض الوجوه ، ومن المناسب عرضها في هذا المقام مع التعقيب عليها تجلية للموضوع .

أ-فالرأي الأول من تلك الآراء أن الاستصناع وعد وليس ببيع . قال الإمام الكاساني في مِطلع كتاب الاستصناع "وأما معناه فقد اختلف المشايخ فيه. قال بعضهم : هو مواعدة وليس ببيع" (١) . وذلك لأن للصانع ألا يعمل، وبذلك كان ارتباطه مع المستصنع ارتباط وعد لا عقد لأن كل ما يلزم به الصانع مع إلزام نفسه به يكون وعداً

---

(١) بدائع الصنائع ٥/٢ .

لا عقداً .. ولأن المستصنع له الحق في عدم تقبل ما يأتي به الصانع من مصنوع ، وله أن يرجع عما استصنعه قبل تمامه ورؤيته ، وهذه علامة وعد لا عقد (١).

وقد رد على هذا الرأي بما يلي :

- من المعروف أن القياس والاستحسان يجريان في العقود لا في الوعود، والاستصناع يبحث فيه عن هذين الجانبين . وهذا يستلزم كونه عقداً لا وعداً.
- يثبت فيه خيار الرؤية حسب الرأي المفتى به في المذهب ، وهو يختص بالبياعات لا بالعدات (٢).
- ذكروا في شروطه أنه يصح فيما جرت به العادة والتعامل، وذلك من خصائص العقود لا صلة لذلك بمواعدة (٣) .

ب- والرأي الثاني: أن الاستصناع ينعقد إجارة ابتداءً وبيعا انتهاءً (٤).

وتوجيه هذا المقال أن الصانع طلب منه العمل على عين من عنده ، فلا بد أن يؤخذ كلاهما أي العمل والعين في الاعتبار ، واعتبارهما جميعا في حالة واحدة لا يكاد يتصور، لأن عدم وجود محل العقد لا يمنع انعقاد الإجارة ولكن يمنع انعقاد البيع ، فيحسن أن يقال إنه إجارة ابتداء وبيع انتهاء. واستندوا في هذا التخريج إلى قاعدة جارية على أقلام الفقهاء في مناسبات مختلفة وهي أن "ما تردد بين شيئين يوفر حظه عليهما". وهذا ما ذكره ابن مازة في "المحيط البرهاني" بقوله :

"والمعنى في ذلك أن المستصنع طلب منه العمل والعين جميعا فلابد من اعتبارهما ، واعتبارهما جميعاً في حالة واحدة متعذر، لأن بين البيع والإجارة تنافيا ، فجوزناه إجارة ابتداء لأن عدم المعقود عليه لا يمنع انعقاد الإجارة ويمنع انعقاد البيع

---

(١) فتح القدير ٣٥٥/٥ الموسوعة الكويتية ٣٢٧/٣ .

(٢) ر: بدائع الصنائع ٢٢/٥ "البناية" للعيني ٤٦٦/٦ والبحر الرائق لابن نجيم ١٨٥/٦ - ١٨٦ .

(٣) الاختيار لتعليل المختار للموصلي ٣٨/٢ .

(٤) فتح القدير ٢٤٣/٦ ، والفتاوى الهندية ٢٠٨/٣ .

وجعله بيعا قبل التسليم بساعة توفيراً على الأمرين حظهما، كما فعلنا هكذا في الهبة بشرط العوض ، اعتبرناها تبرعا ابتداء عملا باللفظ ، بيعا انتهاء عملا بالمعنى" (١) .

– وهناك رأي ثالث قريب من الرأي الثاني المذكور آنفا وهو أن الاستصناع عقد جائز لكونه منطويا على معنى عقدين جائزين آخرين، وهذا يعني بأنه ليس بعقد مستقل من حيث ذاته بل أساسه مبني على تركيبة جديدة تستدعي الجواز . وهذا ما يستوحى من كلام الإمام الكاساني في تعليله لجواز الاستصناع إذ يقول :

"ولأن فيه معنى عقدين جائزين وهو السلم والإجارة ، لأن السلم عقد على مبيع في الذمة ، واستئجار الصناع يشترط فيه العمل ، وما اشتمل على معنى عقدين جائزين كان جائزا"(٢).

ويظهر بالتأمل أن تلك العقود ليست على نسيج واحد ، ففي الاستصناع وجود العمل والعين كلاهما من جانب واحد وهو الصانع ، أما في الإجارة فالأجير مكلف بالعمل فقط في مواد قدمها له المؤجر . وهذا ما وضحه الكاساني نفسه بالمثال في ختام عرضه أحكام الاستصناع كما في النص الآتي :

– "فإن سلم إلى حداد حديدا ليعمل له إناءا معلوما بأجر معلوم أو جلدا إلى خفاف ليعمل له خفا معلوما بأجر معلوم، فذلك جائز ولا خيار فيه، لأن ذلك ليس باستصناع بل هو استئجار فكان جائزا، فإن عمل كما أمر استحق الأجر. فإن أفسده: فله أن يضمنه حديدا مثله ، لأنه لما أفسده فكأنه أخذ حديدا له واتخذ منه آنية من غير إذنه والإناء للصانع لأن المصنوعات تملك بالضمان" (٣).

– هذا بالنسبة للإجارة. أما بالنسبة للسلم فالفرق بينه وبين الاستصناع واضح وهو أن السلم أعم. لأنه عام في المصنوع وغيره أي في جميع السلع التي يمكن تحديد

---

(١) المحيط البرهاني ٣٦٤/١٠ – ٣٦٥ ، كتاب البيوع ، وانظر : فتح القدير ٢٤٣/٦ وتبيين الحقائق ١٢٤/٤ .

(٢) بدائع الصنائع ٣/٥ .

(٣) المصدر نفسه ٤/٥ .

أوصافها، أما الاستصناع فهو خاص بالسلع التي تدخلها الصناعة ، فلا يجري في المحاصيل الزراعية ولا في المواد الخام ولا في البضائع الجاهزة المصنعة قبل العقد . وكما سبق أيضاً أن السلم لابد فيه من تعجيل رأس المال. أما الاستصناع فإنه لا يشترط فيه ذلك ، بل يجوز التعجيل والتأجيل والتقسيط .

وبمناسبة ذكر الفرق بين الاستصناع وغيره من العقود المشابهة له تجدر الإشارة إلى الفرق بينه وبين عقد الجعالة، فإنهما يتفقان من حيث شرط العمل فيهما ويفترقان في أن الاستصناع خاص في الصناعات، والجعالة عامة في الصناعات وغيرها، كما أن الجعالة قد يكون العمل فيها مجهولاً وقد يكون معلوما، أما الاستصناع فلابد من أن يكون العمل فيه معلوما، وكذلك يلحظ الفرق بينهما في المحل المعقود عليه حيث هو في الاستصناع عين وعمل على الأصح الراجح ، وفي الجعالة إنما هو عمل محض (١) .

وينبغي لفت الأنظار إلى أننا إذا أجلنا النظر في بطون أمهات الكتب ربما وجدنا صورا من الفقه تشبه الاستصناع ، ولكن بتدقيق النظر في محتواها ومقارنتها مع ضوابط الفقهاء قد تكون بعيدة عنه، إذ إن المجمل من كلام الفقهاء يفسر في ضوء القواعد المقررة عندهم. ومنها ما نلمسه في النص الآتي:

"وسئل مالك عن الخياط الذي بيني وبينه الخلطة ولا يكاد يخالفني، أستخيطه الثوب، فإذا فرغ منه وجاء به، أراضيه على شيء أدفعه إليه.قال: لا بأس به".(٢)

ففيما يظهر أن هذه الصورة تمثل عقد الإجارة على العمل، إذ الأصل في عمل الخياط أن يقوم بالعمل المطلوب بدون أن تكون المادة– وهي الثوب– من عنده.وهذا ما يستقيم مع ضوابط المذهب المالكي. ويمكن أن يحمل مجمل النص "أستخيطه الثوب" على أنه يعبر عن عقد استصناع، ولكن يتعارض هذا الاحتمال مع ما قرره علماء المذهب بأن الاستصناع لا يكون إلا على وجه السلم.ثم قد يتسامح في الإجارة على

---

(١) انظر : الموسوعة ٣٢٦/٣ ، ٢٠٩/١٥ – ٢١٠ .

(٢) البيان والتحصيل، لابن رشد الجد ٤٢٣/٨، كتاب الجعل والإجارة

العمل ما لا يتسامح في السلم والاستصناع، إذ العرف له اعتبار في تحديد الأجر، وكذا التراضي بالمعروف لاحقا إنما هو في الأشياء المعتادة المتعارف عليها.والله أعلم.

المبحث الثالث: أدلة القائلين بجواز الاستصناع على أنه عقد مستقل:

استند فقهاء المذهب الحنفي في جواز الاستصناع إلى ثلاثة أنواع من الأدلة الآتية :

١/ نصوص من الأحاديث.

٢/ الإجماع العملي

٣/ الاستحسان

وهاك بيانها بشيء من الإيضاح :

أما النصوص من الأحاديث الشريفة فهي التي وردت فيها كلمة اصطناع أو جاء فيها طلب عمل شيء معين . ومما لا شك فيه أن فيها ما يدل على مفهوم الاستصناع من حيث المدلول اللغوي ولكنها تظل مجملة من ناحية دلالتها الاصطلاحية ، إذ إنه من الصعوبة بمكان إدراك كيفية التعامل، فليس هناك سبيل للجزم بأن استصناع الخاتم أو المنبر مثلا جرى على نمط الاستصناع وفق الاصطلاح المستقر أخيرا، فتلك النصوص مورد احتمالات متعددة ، ولذلك إنما تصلح أن تكون محل الاستئناس في الموضوع إذ توحي بوجود التعامل بهذا النوع في نطاق محدود يغطي الحاجات اللازمة ، وأذكر منها ما يلي :

- اصطناع الرسول صلى الله عليه وسلم الخاتم ، وهناك روايات متعددة صحيحة في هذا الباب، وأكتفي بذكر واحدة منها وهي :

عن نافع أن عبد الله حدثه : أن النبي صلى الله عليه وسلم اصطنع خاتماً من ذهب ، وجعل فصه في بطن كفه إذا لبسه، فاصطنع الناس خواتيم من ذهب ، فرقى

المنبر فحمد الله وأثنى عليه فقال : إني كنت اصطنعته وإني لا ألبسه فنبذه ، فنبذ الناس"(١) .

– اصطناع الرسول صلى الله عليه وسلم المنبر كما يستفاد من الرواية الآتية :

"أتى رجال إلى سهل بن سعد يسألونه عن المنبر فقال : بعث رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى فلانة – امرأة قد سماها سهل – أن مري غلامك النجار يعمل لي أعواداً أجلس عليهن إذا كلمت الناس ، فأمرته بعملها من طرفاء الغابة ، ثم جاء بها فأرسلت إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم بها فأمر بها فوضعت ، فجلس عليه" (٢).

واستدلوا بالإجماع العملي المعبر عنه بالتعامل ، وقالوا إن "التعامل أصل من الأصول" (٣)

وبناء على ذلك قرروا أن "كل ما تعارف الناس الاستصناع فيه فهو جائز" (٤) .

وضرب فقهاء المذهب الحنفي أمثلة للأشياء التي تعامل بها الناس قديماً ولكنهم لم يقصدوا منها إلا التمثيل ، لأن التعامل أساساً منوط بما يحتاج إليه الناس ، وبالتالي يتجدد بتجدد الحاجات ، فعلى سبيل المثال لحظ فقهاء المذهب أنه لا يوجد تعامل لدى الناس في الثياب على طريقة الاستصناع فلم يجيزوه ، بل اشترطوا فيه شروط السلم، ولكن حدث التعامل في الأقمشة في العصور المتأخرة ، فلزم القول بالجواز فيها حسب الضابط المقرر ، وهذا ما صرح به الإمام السرخسي بصدد ذكر هذا المثال إذ يقول :

"وإنما لا يجوز الاستصناع في الثوب لعدم التعامل ، فإذا وجد التعامل في هذا يجوزه اعتباراً بالاستصناع فيما فيه التعامل" (٥) .

---

(١) صحيح البخاري مع فتح الباري ٣٢٥/١٠ ، كتاب اللباس ، باب من جعل فص الخاتم في بطن كفه، والمصدر نفسه ٥٣٧/١١، كتاب الأيمان والنذور .

(٢) المصدر نفسه ٣١٩/٤ كتاب البيوع ، باب النجار .

(٣) النتف في الفتاوى للسغدي ٥٧٧/٢ ، أنواع الاستصناع .

(٤) المبسوط ٩٠/١٥ .

(٥) المصدر نفسه ٨٨/١٥ .

وقد نصت مادة "المجلة" أخيراً على أن "كل شيء تعومل استصناعه يصح فيه الاستصناع على الإطلاق" (١) .

وليس بخاف أن التعامل بالاستصناع فيما يحتاج إليه الناس ليس مرفوضاً ولكن كيفية العمل هي محل الخلاف إذ الجمهور يخضعون التعامل لطريق السلم . والله أعلم

٣- أما الدليل الثالث فهو الاستحسان : وفي الحقيقة هذا هو الدليل الجوهري الذي عولجت به المشكلة المتمثلة في جواز تأجيل البدلين الذي ينشأ عنه بيع الدين بالدين ، لأن محل الصنع يظل دينا في الذمة ولا يعود عينا إلا بعد إتمام العمل فيه وقبيل التسليم كما سيأتي .

فالاستحسان إذن هو المنطلق الأساسي الذي ينبثق منه جواز الاستصناع وإذا سلم ذلك، فحينئذ زال الإشكال وطويت الأمور المعترضة الجانبية الأخرى .

وهنا ربما يطرح سؤال وهو أن الاستحسان وثيق الارتباط بالحاجة العامة، فهل الحاجة لا تزال قائمة إلى إجراء عقود الاستصناع ، بحيث تتطلب المزيد من التوسع والتطوير لمثل هذا العقد أم توافر الأشياء المصنعة المثلية الجاهزة أغنى عن الرجوع إلى مثل هذا التعامل الذي يدخل فيه بعض شوائب الحظر في نظر كثير من الفقهاء؟! هذا ما أود إيضاحه في السطور الآتية :

إذا نظرنا إلى طبيعة العقود الشرعية المالية المسماة ، ألفيناها راجعة إلى تحقيق مصالح العباد وقضاء مآربهم ، ولكن هناك عقودا حادثة غير مسماة وليدة الحاجات المتجددة في العصور المتأخرة مثل الاستصناع، قد يظهر فيها الخروج عن بعض الأصول الشرعية المتبعة ، فكان الجواز فيها مبنيا على أسس عامة أخرى تتجلى فيها عوامل الرفق والتيسير، ومنها الحاجة العامة. فهنا قيد الحاجة هو الذي يحدد ما يشمله التعامل على طريقة الاستصناع .. وهذا ما كان محدودا قديما نظرا إلى محدودية مرافق الناس ومطالبهم وحاجاتهم ولضيق دائرة التعامل فيها ، كما تبين من دراسة تاريخ هذا العقد ، يقول الإمام الكاساني معللا هذا العقد : "ولأن الحاجة تدعو إليه ، لأن

---

(١) مجلة الأحكام العدلية م/٣٨٩ .

الإنسان قد يحتاج إلى خف أو نعل من جنس مخصوص ونوع مخصوص على قدر مخصوص وصفة مخصوصة وقلما يتفق وجوده مصنوعا فيحتاج إلى أن يستصنع ، فلو لم يجز لوقع الناس في الحرج" (١) .

وربما يقال إن مع كثرة المصانع أصبحت الأشياء القيمية المتفاوتة في أحجامها ومعاييرها مثلية ووجود كميات كبيرة لجميع البضائع الخاضعة للصناعة في مختلف مقاييسها يغطي حوائج الناس ، فهل يقلص ذلك من دور الحاجة المتصورة في إجراء التعاقد على طريقة الاستصناع فينحسر جوازه في الصناعات التي لا يتداولها الناس في الأسواق ...؟

فالذي يبدو صوابا راجحا أن توسيع دائرة هذا النوع من التعامل فيه تيسير كبير على الناس من وجهين : أولا من ناحية فتح قنوات جديدة للاستثمار في الظروف التي بدأت الأرصدة المالية الضخمة للمسلمين تستثمر وتشغل بأساليب بعيدة عن التجارة الحقيقية ، وثانيا من جهة أن مفهوم الحاجة لا ينصب على توفير الأعيان فقط بل يتجاوز الى أمور مهمة أخرى ومنها أن ما هو موجود في المصانع والأسواق ربما تنقصها الجودة المطلوبة لدى فئات من الناس، فهم لا يزالون بحاجة إلى استصناع أشياء مثل الدواليب والكراسي والمناضد من الحاجات الصغيرة إلى الحاجات الكبيرة من صناعة الطائرات وغيرها ، وأيضا قد تكون البضائع الجاهزة غالية في الأسواق باعتبار مرورها بعدة صفقات بين شركات تجارية قبل وصولها إلى الأسواق ، أو لجشع التجار أحيانا بالنسبة لبضائع مصنعة معينة. وأضف إلى ذلك أن التجار قد لا تقتضي مصالحهم شراء الأشياء المصنوعة الموجودة في الأسواق لعدم توقع الربحية المناسبة ، فعقد الاستصناع ربما يحقق لهم عوائد معقولة مناسبة.

ثم إذا تأملنا من الناحية الاقتصادية ففيما يبدو أن بروز التعامل على طراز الاستصناع ربما يؤدي إلى تقليل ظاهرة مشكلة التضخم (Inflation) الناشئ من عدم التوازن بين العرض والطلب ، وهي مشكلة تفاقم شرها واستطار شررها، وتحقق

---

(١) بدائع الصنائع ٥/ ٣ .

ضررها... إذ من خصائص الاستصناع أنه يسهم في ترشيد أسعار الصناعات، ويقيم التوازن في العرض والطلب.وذلك لأن كلا العاقدين يقدر مصلحته، فالطرف الأول يحرص على اقتناء شيء مصنوع بمقاييس ومواصفات محددة بسعر مناسب، وكذا الطرف الثاني–الصانع المنتج– يرغب في استمراره في السوق مع الحفاظ على سمعته الطيبة في مجال التصنيع، وبذلك لا يظهر الجشع في الأسعار المحددة منه.

فالخلاصة أن الحاجات متنوعة ومتجددة في مجالات الصناعة فالأخذ بسعة النظر في هذا الباب هو الذي يجب أن يكون محل الاعتبار .وهذا ما تقتضيه مقاصد الشريعة، الداعية إلى رفع الحرج عن العباد. والله أعلم

المبحث الرابع: موقف جمهور الفقهاء من الاستصناع باعتباره عقدا مستقلا:

لا يكاد يخفى على من له إلمام بالفقه الإسلامي أن موضوع الاستصناع قد تبناه فقهاء المذهب الحنفي فقط دون سائر المذاهب الفقهية الأخرى ،فإن فقهاء المذاهب الثلاثة من المالكية والشافعية والحنابلة يخضعون الاستصناع لأحكام السلم (١)، ولذا لا يجيزون تأجيل الثمن فيه.

وقد تصدى أحد الباحثين لوضع تصورات عقد الاستصناع في المذاهب الثلاثة واستخلص تعريفاته لدى كل منها من خلال استعراض نصوص أقوال أصحابها عن السلم في الصناعات، ولكن هذه المحاولات غير مجدية في قلب فكر أولئك الفقهاء في الموضوع ، فعلى سبيل المثال خلص بعد التتبع والتأمل إلى وضع تعريف الاستصناع لدى الحنابلة بأنه "بيع موصوف يشترط فيه الصنع لا على وجه السلم" (٢) .

وإذا اعتبر هذا التعريف مقبولا في ضوء كلام فقهاء المذهب الحنبلي ، فهو لا يتسق مع مفهوم الاستصناع الذي نحن بصدد دراسته، إذ الأصل أنه يسوغ فيه تأجيل البدلين لدى المجيزين له ، أما ما ورد في صيغة التعريف المذكور : "لا على وجه

---

(١) ر: المدونة ٩/ ١٨ وروضة الطالبين ٤ / ٢٦ وكشاف القناع ٣/ ١٣٢والموسوعة الفقهية ٣ / ٣٢٥-٣٢٦ استصناع .

(٢) عقد الاستصناع لكاسب بدران ص ٧٣ .

السلم" : أي لا يشترط فيه ضرب الأجل كما يشترط في السلم (١) فهو لا يمثل ركيزة أساسية في هذا العقد .

وعلى هذا لا أرى صوابا أن يقال إن أصول الحنابلة تقتضي جواز الاستصناع(٢) إذ قد صرح فقهاء المذهب بأنه لا يصح استصناع سلعة ، لأنه بيع ما ليس عنده على وجه غير السلم (٣)، اللهم إلا إذا أخذ برأي الشيخ عبد الرحمن السعدي الذي اتجه إلى جواز هذا العقد واعتبره من قبيل البيع بالصفة ولحظ وجاهة في صحته(٤) .

وقد اعترض المانعون على هذا العقد –المصوغ حسب تصور المذهب الحنفي – أنه يشكل بيع المعدوم وهو ممنوع حسب وجهة نظر الجمهور في تفسير الحديث الناهي عن بيع المعدوم .

و قد قبل الحنفية حجة المنع هذه ولكنهم أجابوا عنها ودفعوها بأن المعدوم هنا قد ألحق بالموجود اعتبارا بالحاجة (٥) ، إذ المعدوم قد يأخذ حكم الموجود، فالمصنوع المعدوم حقيقة وقت العقد جعل بمثابة الموجود حكما لتعامل الناس (٦) .

وهذا التوجيه مبني على رأي الجمهور في عدم جواز التعاقد على المعدوم وهو مستنبط في نظرهم من الحديث المشهور" لا تبع ما ليس عندك" الذي يقتضي وجود المبيع وقت العقد .

وهذا الحديث من جوامع الكلم ، وهو يمثل إحدى القواعد التي أرساها التشريع الإسلامي في مجال البيوع المنهي عنها ، وإذا كان المحدثون والفقهاء اختلفوا في

---

(١) ر: المصدر نفسه ص ٧٣ .

(٢) ر: المصدر نفسه ص ٤٧ .

(٣) ر: الإنصاف للمرداوي ٤/٣٠٠ .

(٤) ر: الفتاوى السعدية ص ٢٨٨ – ٢٨٩ وانظر نيل المآرب في تهذيب شرح عمدة الطالب، تهذيب وتأليف عبدالله بسام ٢/١٩-٢٠ .

(٥) ر: بدائع الصنائع ٥/٣ .

(٦) ر: الهداية مع شرحه البناية للعيني ٦/ ٦٦٤ ، وانظر : فتح القدير ٦ /٢٤٣ .

شرحه وتفسيره فمرجعه إلى اشتماله على معان متعددة ، وتعدد المعاني ربما يدل على إحاطته بصور كثيرة ، والجمهور يرون أن المعدوم في ذاته علة فالنهي مرتبط بهذه العلة مباشرة ويسري في جميع أنواع المبيعات ، ومنهم قد قصر ذلك على بيوع الأعيان فقط كما يظهر من كلام الإمام البغوي إذ يقول بصدد شرح الحديث :

- "هذا في بيوع الأعيان دون بيوع الصفات ، فلو قبل السلم في شيء موصوف عام الوجود عند المحل المشروط يجوز وإن لم يكن حالة العقد" (١).

وهناك من يرى أنه ليس كل معدوم بذاته منهي عن بيعه إذ النهي الوارد معلل بمناط الغرر الفاحش المؤثر. وبناء على ذلك لا يجوز لإنسان أن يبيع شيئا لا يضمن حصوله مستقبلاً. وهذا ما ذهب إليه الإمامان ابن تيمية وابن القيم في توجيه الحديث(٢). وإذا أخذ هذا الرأي بعين الاعتبار لم تبق حاجة إلى القول بأن الإجارة أو السلم أو الاستصناع شرع كل ذلك على خلاف القياس، لأن كل هذه العقود بشروطها وضوابطها ليست محل الغرر الكثير المؤثر الذي يؤدي إلى فساد العقود.

ففي الاستصناع لا يتحقق الغرر الفاحش ، لأن محل العقد يأخذ دوره في النشوء ويبرز كيانه عقب العقد عن طريق التصنيع ، وبالتالي يسلم المصنوع في الموعد حسب الاتفاق بين الطرفين.

وإذا قيل إن التمسك بالشرح المشهور للحديث الذي يتجه إلى منع بيع المعدوم مطلقا ، هو الأولى والأحرى ، فالنهي فيه ليس من باب التحريم لدى جميع الفقهاء، لأن المالكية أدرجوه في زمرة البياعات المكروهة لا المحرمة، كما أشار إلى ذلك الإمام ابن رشد في "المقدمات"(٣).

وفي كل الأحوال ليس هذا الاعتراض خاصا بهذا العقد بل هو وارد على بعض العقود الأخرى أيضا، ولكن الاعتراض الأقوى هو أن جواز تأجيل الثمن كله في

---

(١) شرح السنة ٨/١٤٠ – ١٤١ .

(٢) إعلام الموقعين ١/٤٦٣ .

(٣) انظر المقدمات الممهدات ٢/٦٨ .

الاستصناع كما هو رأي القائلين به يؤدي إلى بيع الكالئ بالكالئ وهو ممنوع بالإجماع، وقد حاول عدد من الفقهاء المعاصرين دفع هذا الاعتراض بالقول بأن محل العقد هنا هو عين وهو المصنوع الموصى به فإنه ليس بدين ، وفي الحقيقة هذا الرأي ليس بسديد لأن كل ما يثبت في الذمة يدخل تحت إطار الدين اصطلاحا كما سيأتي إيضاح هذه النقطة إذا الصواب أن يقال إنه فعلا يفضي إلى بيع الدين بالدين ، والذين صاغوا هذا العقد اعترفوا بذلك ولم يتجاهلوا الحديث النبوي، لكنهم استثنوه منه بناء على الاستحسان ، وفي الحقيقة إن عدم اشتراط تأجيل الثمن هو الذي جعل الاستصناع مميزا من عقد السلم ، وأبرزه في صورة مرنة تلبي حاجات الناس على أوسع نطاق .

وقد يقال إن العمل في هذا العقد يمثل جزءا من المعقود عليه، وذلك يجعله شبيها بالإجارة من بعض الوجوه ، والإجارة يسوغ فيها تأجيل الأجرة، فلا حرج أن يعطى له حكم ما قرب منه ، ولكن لا يخلو هذا الرأي من التكلف إذ الاستصناع عقد مستقل وهذا التنظير غير مسلم كما سلف. وعلى هذا ، لا يسلم العقد من الاعتراض المذكور ولكنه مدفوع بحجة الأخذ بالاستحسان.

هذا، وأرى من المناسب أن يقدم المستصنع مقدارا يسيراً من المال، ويعتبر ذلك عربوناً ، ودفع العربون يخرج الاتفاقية من بيع الدين بالدين(١)، وفيه مصلحة العقد من ناحية توثيق الالتزام لكلا الطرفين، وبذلك يمكن الخروج من الخلاف أيضا وهو مستحب. كما أنه يساير طبيعة المعاملات المالية المعاصرة ويتبع عرف التجار.

المبحث الخامس: قضايا مهمة خلافية ذات صلة وثيقة بالاستصناع:

استقر رأى معظم فقهاء المذهب الحنفي على جواز الاستصناع ولكنهم تنازعوا في تقرير بعض الشروط والضوابط المتعلقة بالموضوع ، وهي أربعة أمور أعرضها بشيء من التفصيل في هذا المبحث حسب الترتيب التالي :

١-هل الاستصناع عقد لازم أو غير لازم ؟

---

(١) وقد نبه إلى ذلك الإمام القاضي عبد الوهاب المالكي في "المعونة" ٢ / ١٠٩٥ إذ يقول: "إن تقديم العربون يخرج العقد من باب الدين بالدين، فقد تعجل الشيء من أحد الطرفين".

٢-صفة محل العقد في الاستصناع .

٣ -تحديد الأجل في الاستصناع .

٤-أثر موت أحد العاقدين في الاستصناع ومدى تأثيره في تعجيل الديون الآجلة:

١-هل الاستصناع عقد لازم أو غير لازم ؟

هذا الموضوع له أهمية بالغة في إطار بحث الاستصناع. لأن رأي جمهور فقهاء المذهب الحنفي واضعي أسس هذا العقد أنه عقد غير لازم، وقد ظل هذا الرأي هو المعول عليه والمفتى به عبر قرون، إلى مرحلة وضع مجلة الأحكام العدلية، إذ برزت حينئذ خطوات جديدة لدى تقنين هذا العقد ، من أهمها إجراء التعديل في مبدأ عدم لزومية العقد واعتباره عقداً لازماً للطرفين منذ انعقاده ، وهذا ما نصت عليه المجلة في المادة الآتية :

"إذا انعقد الاستصناع فليس لأحد العاقدين الرجوع . وإذا لم يكن المصنوع على الأوصاف المطلوبة المبينة ، كان المستصنع مخيراً" (١) .

وهذا النص صريح في بيان أن العقد لازم "والبيع اللازم:هو البيع النافذ العاري عن الخيارات" (٢). وبناء على ذلك إذا انعقد الاستصناع فليس لأحد الطرفين الرجوع عنه بدون رضا الآخر، ومقتضى اللزوم أن يجبر الصانع على عمل الشيء المطلوب وكذلك ليس للمستصنع أن يرجع عنه (٣).

ويتضح من خلال النظر في كلام فقهاء المذهب الحنفي حول لزوم العقد أو عدم لزومه أن هناك مراحل متعددة لهذا العقد تفاوت النظر الفقهي فيها ، ويمكن تلخيص الاتجاهات الواردة فيه في النقاط التالية :

---

(١) مجلة الأحكام العدلية مادة ٣٩٢ .

(٢) المصدر نفسه م/١١٤ .

(٣) ر : درر الحكام شرح مجلة الأحكام لعلي حيدر ١/٤٢٤ – ٤٢٥.

١- إن الاستصناع عقد غير لازم قبل العمل في الجانبين بلا خلاف ، حتى كان لكل واحد منهما خيار الامتناع قبل العمل ، كالبيع المشروط فيه الخيار للمتبايعين أن لكل منهما الفسخ .

٢- بعد الفراغ من العمل قبل أن يراه المستصنع فكذلك يظل العقد غير لازم للطرفين حتى كان للصانع أن يبيع المصنوع لمن شاء لأن العقد لم يقع على عين المعمول بل على مثله في الذمة .

٣- إذا أحضر الصانع العين على الصفة المشروطة فقد سقط خيار الصانع فقط . وأما المستصنع فمشتر ما لم يره فكان له الخيار ، لأن المعقود عليه وإن كان معدوماً حقيقة فقد ألحق بالموجود ولأن الخيار كان ثابتاً لهما قبل الإحضار فالصانع أسقط خياره بالإحضار، فبقي خيار صاحبه المستصنع على حاله ، كالبيع الذي فيه شرط الخيار للعاقدين إذا أسقط أحدهما خياره بقي خيار الآخر.

هذا مقتضى ظاهر الرواية عن أئمة المذهب : أبي حنيفة وأبي يوسف ومحمد ابن الحسن .

٤- وروي عن أبي حنيفة أن لكل واحد منهما الخيار حتى في هذه المرحلة النهائية المذكورة آنفا ، أي لا يسقط خيار الصانع أيضاً بإحضار المصنوع .

٥- وروي عن أبي يوسف، أنه لا خيار لهما جميعا في حالة إحضار المصنوع (١) .

٦- وحسب رواية أخيرة أخرى عن الإمام أبي يوسف استقر رأيه على القول بلزوم العقد منذ انعقاده عقب الإيجاب والقبول.

ويؤيد ذلك تصريح شارح "المجلة" العلامة علي حيدر عن تلك الرواية التي نص فيها على لزوم الاستصناع منذ انعقاده ، إذ قال بصدد شرح مادة "المجلة" (٣٩٢) ما يأتي :

---

(١) انظر بدائع الصنائع ٥/٣-٤ .

"فـــإذا انعقد فليس لأحد العاقدين على رواية أبي يوسف الرجوع عنه بدون رضا الآخر .. فيجبر الصانع على عمل الشيء المطلوب ، وليس له الرجوع عنه .. وكذلك ليس للمستصنع أن يرجع عنه" (١) .

ومـــا ذكـــره شارح المجلة منسوبا إلى الإمام أبي يوسف، قد نص عليه العلامة برهان الدين ابن مازة صاحب "المحيط البرهاني"(٢)، كما يتضح من النص التالي :

"قلنا: الروايات في لزوم الاستصناع وعدم اللزوم مختلفة ". و ذكر تلك الروايات إلـــى أن قـــال "ثم رجع أبو يوسف ... وقال : لاخيار لواحد منهما ، بل يجبر الصانع على العمل ما دام العقد موجوداً ويجبر المستصنع على القبول" (٣) .

وقد سبق أن رأي الإمام أبي يوسف الأول المشهور هو لزوم العقد وعدم الخيار لأحـــد مـــنهما إذا أتـــى الـــصانع بالمصنوع الموصى به وفق المقاييس والمواصفات المحددة(٤)، وكذلك له رأي آخر مثل الإمامين أبي حنيفة ومحمد في اعتبار الاستصناع عقداً غير لازم إلى نهاية المطاف حسب نص ظاهر الرواية (٥) .

يستفاد مما سلف أن جمعية "المجلة" لم تجتهد اجتهادا جديدا في تبني القول بلزوم العقـــد ، بـــل اختارت رواية أخيرة راجحة للإمام أبي يوسف قرر فيها لزوم العقد منذ انعقاده ، فصاغت قانوناً في ضوئها بالإلزام لما استبان لها في هذا الرأي من المصلحة الراجحة التي تستدعي توثيق هذا العقد الذي تطور تطورا ملحوظا واتسعت دائرته .

خلاصـــة القـــول أن لجنة "المجلة" كان لها سند مذهبي اجتهادي في اختيار هذا الرأي القائل بلزوم العقد عقب الإيجاب والقبول.

---

(١) درر الحكام ١/٤٢٤ – ٤٢٥ .

(٢) انظـــر تعليـــق الدكـــتور عـــبد الفتاح محمد الحلو في تحقيق اسم مؤلف المحيط البرهاني وتمييز الالتباس الواقع بينه وبين غيره، الجواهر المضية في طبقات الحنفية للقرشي ١/١٣٠ – ١٣١ .

(٣) المحيط البرهاني ١٠/٣٦٥ ، كتاب البيوع .

(٤) انظر: بدائع الصنائع ٥/٤ .

(٥) المصدر نفسه ٥/٣-٤ .

وعلى هذا لا يستقيم الرأي الذي خلص إليه الدكتور علي السالوس بأن "مجلة الأحكام العدلية-وهي في الفقه الحنفي-تجعل الاستصناع عقدا لازما منذ البداية، **وهذا يخالف إجماع المذهب الحنفي**، فضلا عن باقي المذاهب".(١)

ويتبين من خلال الآراء المعروضة أنها مبنية على أدلة عقلية ، وهذا ما يعززه النقول والتوجيهات التالية :

١-إن الرأي القائل بمنح الخيار في مراحل العقد ينظر إلى محل العقد أنه بمنزلة العين الغائبة، ومقتضى ذلك أن المستصنع – وهو المشتري – له الخيار ما لم ير المصنوع (٢) . وذلك لأن بيع العين الغائبة يجوز، ولكن خيار الرؤية يثبت للمشتري في مذهب الحنفية، مع ملاحظة أن هناك عيناً قائمة فعلاً ، أما هنا في الاستصناع فالعين معدومة حقيقة وقت العقد ولكنها محل الصنع بعده، ويمكن أن يكتسب حكم الموجود بالنظر إلى المآل . وأيضا يسوغ للصانع أن يبيع ما صنعه لطرف آخر جديد راغب في الشراء غير المستصنع الأول قبل أن يراه، لأنه غير ملزم في التزامه السابق.

وإلى هذا يشير كلام الإمام السرخسي في النص الآتي:

- "كل ما تعارف الناس الاستصناع فيه فهو جائز، فإذا جاء به الصانع مفروغا عنه واختار المستصنع أخذه ، فليس للصانع أن يمنع ، لأن البيع قد لزم فيه باتفاقهما عليه إلا أنه إن كان لم يستوف الثمن حبسه بالثمن ، وإن باعه الصانع قبل أن يراه المستصنع فبيعه جائز.لأنه باع ملك نفسه ، فالعقد لا يتعين في هذا المصنوع قبل أن يراه المستصنع ، وإذا نفذ بيعه، وصار مملوكا للمشتري، فلا سبيل للمستصنع عليه بعد ذلك"(٣) .

---

(٢) عقد الاستصناع ، إعداد الدكتور علي السالوس، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، الدورة السابعة، العدد السابع، ص٢٩٠

(٢) ر : تحفة الفقهاء ٣٦٣/٢ والبحر الرائق ١٨٦/٦ .

(٣) المبسوط ٩٠/١٥ .

– وجه الرواية الثانية عن الإمام أبي حنيفة التي جنح فيها إلى عدم لزوم العقد وبقاء الخيار لهما في جميع مراحل العقد حتى ولو بعد الصنع وإحضاره أمام المستصنع أن في تخيير كل واحد منهما دفع الضرر وهو واجب (١) .

– ووجه ما روي عن أبي يوسف أنه يجبر كل واحد منهما: أن الصانع قد ضمن العمل فيجبر على العمل ، وأما المستصنع فلأنه لو لم يجبر على القبول، يتضرر به الصانع لأنه قد لا يشتريه غيره أصلاً ، أو لا يشتري بذلك القدر من الثمن، فيجبر على القبول ، دفعاً للضرر عن الصانع (٢) .

فهنا درء الضرر هو المقصود في معظم الآراء المذكورة، فإنها ترمي إلى تفادي الضرر عن طرفي العقد بوجه عام من زوايا مختلفة ونظرات متباينة ، ولكن لدى الموازنة والتدقيق يظهر أن جانب الضرر في حق الصانع يعتبر متحققا ، لأن المصنوع قد لا يصلح لغيره ، وربما تخزينه عند الصانع بدون تشغيله مثلا قد يؤدي إلى عطل وضرر. وقد يحصل هبوط في سعر المصنوع وما إلى ذلك من الأسباب والعوامل المفضية إلى الضرر البالغ والنزاع المشكل ... ولذا القول بلزوم العقد من المرحلة الأولى هو الذي يعتبر الرأي الأمثل والحل الناجع في هذا الموضوع.

والغاية من إلزام العقد هو تحقيق مصلحة الطرفين ودرء المفاسد والأخطار عنهما. وهذا يتلاءم مع الأعراف التجارية وأنظمة الشركات المعاصرة ، إذ تخضع الصفقات والمقاولات دائماً لشروط إلزامية، وتضمحل بها فكرة كون العقود غير لازمة . وقد يرد خلاف ذلك بناء على خيار الشرط بين الطرفين لأجل مسمى منظور فيه إلى مصلحتهما .

ويمكن أن نستأنس هنا بقاعدة وهي أنه : إذا تردد العقد بين اللزوم وعدم اللزوم فالأصل فيه اللزوم ، فإذا تأرجحت الآراء بينهما فمقتضى القاعدة ترجيح اللزوم .

---

(١) ر: المصدر نفسه ٥/٤ .

(٢) ر:المحيط البرهاني ١٠/٣٦٥ – ٣٦٦ .

أيضاً يجب التنبيه على نقطة مهمة وهي أن لزوم العقد: مقتضاه الشرعي أن لا يكون هناك خيار ، ولكن هذا لا يتنافى مع ثبوت خيار فيه بالشرط (١). لأن العقد اللازم قد يدخله بعض الخيارات ، وعلى رأسها خيار الشرط. وذلك لعلاقته بحق العباد ومصلحتهم ، لا بحق الشرع ومقتضى العقد ، مع العلم بأنه متى ما وجد خيار في عقد لازم سلب لزوميته إذ "العقود اللازمة في حالة الخيار تصير عقودا غير لازمة" (٢) ، فوجود خيار الشرط لهما أو لأحدهما لمدة معينة لا يعكر القول بلزومية العقد.

وهناك خياران آخران وهما خيار فوات الصف وخيار العيب يثبتان في نهاية العقد وقت التسليم .

ثم إن القول بإلزام العقد منذ انعقاده هو الذي يعضده النظر المقاصدي، إذ الصانع ربما يحتاج إلى إعداد وتخطيط قبل الشروع في عملية التصنيع ، وهذا لا يخلو من تكاليف مادية باهظة أحياناً في الظروف الراهنة، وكذلك المستصنع يمكن أن يتضرر بالفسخ بسبب التزاماته تجاه جهات أخرى أو لحاجته إلى المصنوع في زمن محدد .

وإذا نظرنا في فقه المذاهب وجدنا آراء تؤيد القول بانقلاب العقد الجائز لازماً بعد الشروع فيه لإزالة الضرر المتوقع أو المتحقق بسبب فسخه ، كما هو رأي المالكية في القراض – المضاربة – فإنهم يعتبرون هذا العقد جائزاً قبل الشروع في العمل ، ولكن إذا شرع المضارب في العمل، انقلب العقد لازماً عندهم (٣) .

---

(١) الموسوعة ٢٢/١٣٥ .

(٢) الخيار يثبت في البيع بأمرين : أحدهما بمقتضى العقد بغير شرط من أحد المتعاقدين مثل خيار الرؤية في بيع الشيء الغائب الموصوف ، والآخر بالشرط فهو إنما يثبت بالشرط . ر: التلقين للقاضي عبد الوهاب ٢/٣٦٣.

(٣) ر: المعونة على مذهب عالم المدينة ٢/١١٢٧ للقاضي عبد الوهاب .

وإلى هذا يشير القاضي ابن عقيل الحنبلي بقوله : "الأليق بمذهبنا في المضاربة والشركة : لا تنفسخ بفسخ المضارب، حتى يعلم رب المال والشريك، لأنه ذريعة إلى عامة الأضرار ، وهو تعطيل المال عن الفوائد والأرباح" (١) .

وكذلك الجعالة لازمة في حق الجاعل بعد الشروع في العمل من قبل العامل في رأي المالكية . قال العلامة النفراوي : "عقد الجعل قبل الشروع في العمل منحل من جهة العامل والجاعل. وأما بعد الشروع في العمل فلازم من جهة الجاعل ومنحل من جهة العامل. والمراد بالجاعل ملتزم عقد الجعل ولو عقده وكيله". (٢) وهذا التحول من الجواز إلى اللزوم مبني على رفع الضرر.

وبناء على هذا الرأي الذي أقرته "المجلة" يدخل الاستصناع في زمرة العقود اللازمة. وفي هذه الحالة تبقى هناك مجالات مفتوحة أمام العاقدين في حالات خاصة بالتراضي على خيار الشرط في بداية العقد لأجل محدد، ورد المصنوع بخيار العيب أو فوات الشرط في نهاية العقد، وإذا لم يظهر عيب وأراد الفسخ فهذا خاضع للإقالة ، وهي تتحقق بالتراضي.

وكذلك إذا طرأت ظروف قاهرة تمنع من إنجاز العمل ، فيمكن تطبيق ضوابط نظرية الظروف الطارئة. والله أعلم

٢-ماهية محل العقد في الاستصناع :

إن عقد الاستصناع له ثلاثة أركان وهي: العاقدان، والصيغة والمحل. وهذا الركن الثالث الأخير هو الذي يحتاج إلى إيضاح وبحث إذ نجم الخلاف في تحديده بين علماء المذهب، فهل هو العين المطلوبة الموصى عليها من طرف المستصنع أو هو مجرد العمل؟

ولهذا الخلاف آثار ونتائج مهمة ذات بال، ولذا تجب معالجته في ضوء ما ورد من كلام الفقهاء.

---

(١) الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف للمرداوي ٣٧٤/٥ .

(٢) الفواكه الدواني ١٦١/٢ .

وبعد إجالة النظر في كتب المذهب تبين أن هناك رأيين في هذا الموضوع المطروح وهما كالآتي:

١- رأي جمهور الفقهاء وهو أن المعقود عليه: المستصنع فيه ، أي العين الموصى عليها.

٢- رأي بعض فقهاء المذهب وهو أن المعقود عليه: العمل(١) .

والراجح في المذهب هو الرأي الأول، كما ذكر الإمام السرخسي(٢). وذلك لأنه لو استصنع رجل في عينٍ يسلمها له الصانع بعد استكمال المطلوب ، سواء أكانت الصنعة تمت بفعل الصانع أو بفعل غيره بعد العقد كان أخذها جائزاً . وهذا يدل على أن العقد يتوجه على العين لا على العمل. إذ العقد لو كان وارداً على عمل الصانع لما صح العقد إذا تمت الصنعة بصنع غيره.

وإضافة إلى ذلك أن الاستصناع يثبت فيه خيار الرؤية للمستصنع، وهذا لا يكون إلا في بيع العين، فدل ذلك أن المبيع هو العين لا الصنعة.

أما الرأي الثاني فهو مبني على أن تسمية العقد تنطوي على كلمة الصنع وهو العمل أي الاستصناع طلب الصنع لغة، فكيف يعرض عن هذا المعنى؟ وإنما الأشياء التي تستصنع هي بمنزلة الآلة للعمل (٣).

وينبني على هذا الرأي أنه يحق للمستصنع أن يرفض المصنوع إذا كان من صنع شخص آخر غير الصانع المتعاقد معه ولو كان حسب المواصفات المتفق عليها، وذلك لاعتماده على نفس الصانع وثقته الشخصية بمصنوعاته.

والصواب أن يقال إن محل العقد هو العين والعمل معاً ، لأن الاستصناع عقد جديد مستقل وإن كان ذا صلة وثيقة بعقود أخرى.

---

(١) وهو رأي أبي سعيد البردعي من فقهاء المذهب الحنفي. ر: المبسوط ١٢/١٣٩ .

(٢) ر: المصدر نفسه ١٢/١٣٩ .

(٣) ر: المصدر نفسه ١٢/١٣٩ ، "الموسوعة" ٣/٣٢٨ .

ولذلك قسم الإمام السرخسي البيوع إلى أنواع واعتبر الاستصناع من نوع مستقل وهو "بيع عين شرط فيه العمل" ، وقرر أن "المستصنع فيه مبيع عين. ولهذا يثبت فيه خيار الرؤية، والعمل مشروط فيه. وهذا لأن هذا النوع من العمل اختص باسم فلا بد من اختصاصه بمعنى يقتضيه ذلك الاسم، والاستصناع استفعال من الصنع، فعرفنا أن العمل مشروط فيه" (١).

وهذا ما ذكره الكاساني في مطلع حديثه عن العقد بمناسبة ذكر تعريف بعض الفقهاء – وهو تعريف شيخه علاء الدين– ما نصه: "هو عقد على مبيع في الذمة شرط فيه العمل" ... إذ يقول عقب مقارنته بتعريف آخر ذكره مسبقاً : "والصحيح هو القول الأخير، لأن الاستصناع: طلب الصنع، فما لم يشترط فيه العمل لا يكون استصناعا، فكان مأخذ الاسم دليلا عليه، ولأن العقد على مبيع في الذمة يسمى سلما، وهذا العقد يسمى استصناعا، واختلاف الأسامي دليل على اختلاف المعاني في الأصل. وأما إذا أتى الصانع بعين صنعها قبل العقد، ورضي به المستصنع فإنما جاز لا بالعقد الأول، بل بعقد أخر وهو التعاطي بتراضيهما" (٢).

وفي الواقع نشأ هذا الاختلاف عن اختلافهم في تعريف الاستصناع إذ اكتفى بعضهم بقوله: "هو عقد على مبيع في الذمة" ، وقال آخر : "هو عقد مبيع في الذمة شرط فيه العمل" وقد أثرت إضافة هذا القيد المتعلق بشرط العمل تأثيراً بالغاً في تمييز الاستصناع عن غيره.

وفي الحقيقة يظهر لدى التأمل في الموضوع أن المعقود عليه هو المستصنع فيه أي العين الموصى عليها، وهي التي تكون محل الصنع مستقبلا بعد العقد. وهذا يستلزم حتما أن يكون للعمل أيضا حظ في المعقود عليه، إذ العمل متلبس بالعين الموصى عليها في هذا العقد، ولا يتصور عقد الاستصناع إلا بتوافر هذين العنصرين الأساسيين.

---

(١) المبسوط ١٥/٨٤ – ٨٥ . ٨٠ .

(٢) بدائع الصنائع ٥/٢ .

إذن الصواب الراجح أن يقال إن محل العقد يشمل العين والعمل جميعاً (١)، وقد سبق القول بأن ما تردد بين أمرين يوفر عليه حظهما.

وهنا لابد من التعرض لأمرين مهمين آخرين لإتمام البحث في هذه النقطة الخلافية المبينة آنفا، وهما كما يلي :

(أ) تحديد مفهوم العين في عقد الاستصناع.

(ب) توجيه كلام الفقهاء بأن الصانع لو جاء مصنوع جاهز: صح العقد، للدلالة على أن محل العقد هو العين ، وهاك تفصيل الموضوعين على الوجه الآتي :

(أ) تحديد مفهوم العين في عقد الاستصناع:

ترجح القول فيما سبق أن العين والعمل كلاهما محل العقد، ولكن ما هي صفة هذه العين في الاستصناع اصطلاحاً ؟ هل هي في مفهوم عين مشخصة بحيث وقع العقد على عين المصنوع لا على مثله في الذمة أو إنها عبارة عن دين في الذمة وهو يعود عينا مشخصة قبيل التسليم؟

والذي يبدو صوابا راجحا أن العين هنا في حكم الدين، لأن "ما قرب من الشيء يعطى حكمه "فهي وقت التعاقد ليست موجودة ولا مشخصة ولكنها في ذمة الصانع فتأخذ حكم الدين. والدين في اصطلاح الفقهاء على أوضح الأقوال عبارة عن "لزوم الحق في الذمة"(٢).

ويطلق الفقهاء في اصطلاحهم كلمة العين في مقابل الدين باعتبار أن الدين هو ما يثبت في الذمة من غير أن يكون معينا مشخصا ، سواء كان نقداً أو غيره ، أما العين فهي الشيء المعين :المشخص(٣).

عرفت "المجلة" الدين والعين مع ضرب الأمثلة لهما على النحو الآتي:

---

(١) وبهذا صرح قرار المجمع الفقهي إذ نص على أن الاستصناع "عقد وارد على العمل والعين في الذمة". قرار رقم ٦٥ (٧/٣) مجلة المجمع ، العدد السابع ج ٢ ص ٢٢٣.

(٢) فتح الغفار لابن نجيم ٢٠/٣ ، الموسوعة ١٠٢/٢١ ٨٠ .

(٣) الموسوعة ١٤٧٨٠/٣٤ .

- "الدين: ما يثبت في الذمة كمقدار من الدراهم في ذمة رجل ومقدار منها ليس بحاضر. والمقدار المعين من الدراهم أو من صبرة الحنطة الحاضرتين قبل الإفراز كلها من قبيل الدين".
- "والعين : الشيء المعين المشخص كبيت وحصان وكرسي وصبرة حنطة وصبرة دراهم حاضرتين فكلها من الأعيان"(١).

فإذا أمعنا النظر في حقيقة العين التي هي محل العمل تبين لنا أنها غير معينة وقت العقد بل إنما هي ثابتة في الذمة ، وهذا ما عبر عنه الإمام الكاساني بقوله: "العقد ما وقع على عين المعمول بل على مثله في الذمة" (٢) . و تشعر كلمة الذمة بأن المبيع ليس عينا من الناحية الاصطلاحية.

ومقتضى ذلك يجوز للصانع أن يبيعها لشخص آخر غير المستصنع الأول إذا أنجزها قبل أوان الموعد المحدد، لأن العين تبقى في جميع مراحل العقد دينا في الذمة وإنما يكون ملتزما بالتسليم في الوقت المحدد. وحينئذ ينقلب الدين عينا. ويستفاد من ذلك كله أن كلمة العين في كلام الفقهاء هنا لم يقصد منها معناها الاصطلاحي بمقابل الدين ، بل جرى ذكرها بمعناها اللغوي العام المطرد.

وبهذه المناسبة يجب أن نسترعي الانتباه إلى أن ما جاء في كتب المذهب أنه "لا دين في استصناع" معناه أن المبيع لا يعتبر دينا في الذمة بحيث يجب الوفاء والالتزام به منذ بداية العقد كما في عقد السلم ، ولذلك جاء هذا الكلام معللا بأن "لكل واحد خيار الامتناع من العمل قبل العمل بالاتفاق" (٣) ، كما هو رأي جمهور أهل المذهب القائلين بعدم لزوم العقد قديما ، إذاً لا ينسحب ذلك على الرأي الأخير الذي انتهت "المجلة" إليه وهو القول بلزوم العقد منذ انعقاده.

---

(١) مجلة الأحكام العدليه، مادة ١٥٨ومادة ١٥٩ .

(٢) بدائع الصنائع ٣/٥.

(٣) بدائع الصنائع ٣/٥.

(ب) توجيه كلام الفقهاء : لو جاء الصانع بمصنوع جاهز: صح العقد :

هذا هو الأمر الثاني اللافت للأنظار ، فإن فقهاء المذهب الحنفي ذكروا في ثنايا حديثهم عن الاستصناع بمناسبة تعليل قولهم بأن محل العقد هو المستصنع فيه أن الصانع لو أتى بالمصنوع جاهزاً مفروغاً عنه من صنعته أو من صنعة غيره قبل العقد فأخذه المستصنع : كان ذلك جائزاً (١).

ولا يعزبن عن البال أن مجلة الأحكام العدلية حددت شرطين للاستصناع وهما :

١- أن تكون المادة من الصانع .

٢- أن يكون العمل من الصانع (٢) .

وهما أمران مهمان أساسيان يفترق بهما الاستصناع عن الإجارة على الصنع والبيع المطلق الذي لا يشترط فيه العمل .ثم يتبادر إلى الذهن من خلال الشرطين المذكورين أن عقد الاستصناع يقتضي أن يكون المبيع محل الصنع عقب العقد ، فالصانع يتفق مع المستصنع على تقديم شيئين مندمجين معا وهما سلعة وخدمة أو عين وعمل .وهذا ما يعبر عنه تعريف الاستصناع وهو كما ذكر الكاساني :"عقد على مبيع في الذمة شرط فيه العمل ".(٣)

ومن ثم إذا دققنا النظر في قول الفقهاء أنه لو جاء الصانع بالمصنوع جاهزا مما صنعه قبل العقد جاز ذلك ، تبين لنا أنه يتخرج على رأي جمهور الفقهاء من المذهب الحنفي القائلين بعدم لزوم العقد قديما ، وبناء على ذلك إنما ينعقد العقد بالتعاطي إذا أتى بالمصنوع مفروغا منه قبل العقد أو قدمه بعد شرائه من السوق مباشرة .

ولكن إذا اعتبر العقد لازما منذ انعقاده بناء على رأي الإمام أبي يوسف كما سبق ذكره، فلا يصح القول بأنه لو جاء بالمصنوع جاهزا ، جاز العقد على طريقة الاستصناع ، إذ لا فرق حينئذ بين مصنوع وغير مصنوع وتلاشت مزاياه والتحق

---

(١) ر: المبسوط ١٢ / ٣٩ ، والاختيار للموصلي ٣٨/٢ .

(٢) انظر : درر الحكام شرح مجلة الأحكام ٤٢٢/١ .

(٣) بدائع الصنائع :٣/٥ .

بطبيعة الحال بالدائرة الممنوعة وهي " لا تبع ما ليس عندك". أما الاستصناع المتميز بسماته وضوابطه كما تصوره الفقهاء فقد خصص بالعرف استحسانا فسقط عنه النهي.

ويمكن أن يقال أيضا في تعليل ما ذكروا أنهم على الرغم من اشتراطهم وجود العمل في هذا العقد كما هو مقتضى صيغة العقد وفحوى لفظه الدال على طلب الصناعة اعتبروا العمل تابعا في العقد بحيث يمكن التغاضي عنه إذا وجد الأصل الأساسي وهو الشيء المصنوع، ولكن اعتبار هذا التوجيه مقبولا لا يعني أن يتخذ ذلك أصلا مطردا في التعامل لأنه يؤدي حتما إلى إهدار خصائص هذا العقد.

وبالتأكيد يكون الاستصناع في هذه الحالة مجرد اسم وطلاء لتغطية عمليات التمويل في المصارف الإسلامية تحت اسم الاستصناع بهذا الأسلوب.

فالخلاصة أن عقد الاستصناع لا يتحقق ولا يعتبر سليما إلا بشرط أن يكون هناك عنصر من العمل مرتبطا بالعين بعد العقد، ولكن قيد اشتراط العمل لا يستلزم أن يتولى الصانع بنفسه مهمة الصناعة إذا لم يكن هناك شرط متفق عليه، بل يسوغ له أن يتعاقد مع شخص آخر أو مع شركة صانعة بسعر أقل مما اتفق عليه مع الطرف الأول المستصنع – ويبقى هو المسؤول تجاه المستصنع – وبذلك يمكن له أن يربح الفرق الحاصل من السعرين. وهو ما يسمى في التعبير الحديث بالاستصناع الموازي. وهذا سيأتي بيانه.

(٣) تحديد الأجل في الاستصناع :

هذه القضية إحدى القضايا التي ظلت محل الخلاف بين إمام المذهب وصاحبيه أبي يوسف ومحمد. فذهب الإمام أبو حنيفة إلى عدم جواز شرط الأجل في الاستصناع لأن الأجل يقتضي الالتزام بالعقد. وهذا من طبيعة العقود اللازمة، فإذا ضرب الأجل في هذا العقد فإنه يأخذ حكم السلم ولا يبقى استصناعا ، بل يشترط فيه شرائط السلم من قبض رأس المال في المجلس وغيره .

ولذلك ذكر فقهاء المذهب أن من شروط صحته في ضوء ما قرره إمام المذهب ألا يكون مؤجلا. والمراد بالأجل: الأجل الذي يضرب للسلم وهو ما يكون على سبيل الاستمهال.

أما إذا كان على سبيل الاستعجال بأن يطالب الصانع بإنجاز العمل خلال مدة يوم أو يومين فهذا لا يكون سلما، لأن ذكر المدة هنا للفراغ من العمل لا لتأجيل المطالبة بالتسليم. وقيل: إن ذكر أدنى مدة يتمكن فيها من العمل فهو استصناع وإن كان أكثر من ذلك فهو سلم، لأن ذلك يختلف باختلاف الأعمال فلا يمكن تقديره بشيء معلوم.

ينازع الصاحبان شيخهما في هذا الموضوع ويريان جواز ضرب الأجل في الاستصناع . فبوجود الأجل فيه لا ينقلب سلما لأن اللفظ حقيقة للاستصناع فالعمل بها واجب، إلا إذا صرفه عن الحقيقة صارف، وذكر الأجل لا يصرفه عنها، لأن ذكره قد يكون للاستعجال كما ذكر آنفا (١) .

وفي الواقع جل ما عرض في هذا الموضوع ناشيء من ملاحظة الفرق بين الاستصناع والسلم، وتخليص الأول من شروط الثاني وعناصره بما أمكن، ويتبين بعد التأمل أن موضوع الأجل ليس فيه ما يميز به بين العقدين، ولا تخفى وجاهة رأي الصاحبين، ثم اعتبار عقد الاستصناع لازما منذ انعقاده لا يقيم وزنا لهذا الخلاف المذهبي وضرب الأجل هو الذي يتسق مع طبيعة العقود والالتزامات في المعاملات المعاصرة ، بل إن الإخلال به قد يستحق به التعويض إذا كان هناك شرط جزائي متفق عليه بين الطرفين في هذا الخصوص منذ بداية العقد. والله أعلم

٤-أثر موت أحد العاقدين في الاستصناع ، ومدى تأثيره في تعجيل الديون الآجلة:

وهناك جانب آخر يجب أن يتطرق إليه في بحث الاستصناع وهو أن هذا العقد ينتهي بوفاة أحد المتعاقدين في المذهب الحنفي قياسا على عقد الإجارة(٢). ومن المعلوم أن الجمهور من غير الحنفية لم يبحثوا في هذه المسألة لعدم جواز الاستصناع عندهم أصلاً ولكن في الإجارة لم يروا فسخها بسبب الموت .

---

(١) انظر: فتح القدير لابن الهمام -شرح الهداية - ٦ / ٢٤٤ - ٢٤٥ ، وحاشية ابن عابدين ٤/٢١٢-٢١٤.

(٢) فتح القدير :٥/٣٥٦ ، درر الحكام شرح مجلة الأحكام ١/٤٢٢ .

ولعل الصواب في هذا الموضوع أن الاستصناع لا ينتهي بموت المستصنع وإنما ينتقل حقه إلى ورثته ، على أن الصانع إذا كان فردا ولم يتعاقد مع جهة صانعة أخرى بحيث ارتبط العمل بشخصه ثم انفك وتعطل بعدم وجوده فإن الاستصناع ينتهي بموته ، وأما إذا كان شركة صناعية أو مصنعاً أو بتعبير معاصر شخصا معنويا ، فلا ينتهي العقد بموت أحد المشاركين فيها، والقول بالفسخ قد يؤدي إلى ضرر بالغ جدا . ولكن الشركة في حالة إفلاسها يمكن أن ينسحب عليها حكم وفاة الفرد.

ويتلوه سؤال آخر يرتبط بما سبق وهو أنه لو مات المستصنع وعليه أقساط مؤجلة من ثمن المصنوع الذي قد تسلمه فعلا فهل لموته تأثير في تعجيل الديون الآجلة؟

وفي الواقع اختلف الفقهاء في سقوط الأجل في الدين بموت المدين على النحو التالي:

١) يرى الجمهور أنه يسقط ويحل الدين بالموت ، ويتفق المالكية مع الجمهور إلا في بعض الحالات ... ومنها : إذا كان من عليه الدين قد اشترط عدم حلوله بموته أو إفلاسه فهذا الشرط محل اعتبار ، فحينئذ يبقى الدين إلى أجله.

٢) ذهب الحنابلة إلى أنه لا يحل الدين بالموت إذا وثقه الورثة برهن أو كفيل مليء، وإذا لم يحصل توثيق ، حل الدين. وهو قول ابن سيرين وإسحاق وأبي عبيد.

٣) وقال طاوس والزهري: الدين إلى أجله مطلقا. (١)

ومقتضى مقاصد الشريعة في هذا الموضوع أن يفتى برأي الحنابلة ومن معهم، لأن هذا العقد إذا كان الثمن فيه مؤجلا على أقساط فقد روعيت فيه زيادة الثمن مقابل الزمن والأجل، فلا يصح القول بحلوله بالموت، ثم قد يكون المبلغ المتبقي باهظا لا يتيسر للورثة سداده فوراً ولذلك بقاؤه مؤجلا هو الأولى بشرط أن يحفظ حق الصانع بالضمانات. والله أعلم.

---

(١) انظر: حاشية أبن عابدين٤ /٥٣٢ ، الفواكه الدواني للنفراوي ٢ / ٣٢٤ ، والمجموع ١٣ / ٣٣٨ ، وكشاف القناع ٣ / ٣٨ ، والمغني / ٤٨٢ .

المبحث السادس: آفاق جديدة لعقد الاستصناع:

وإذا اتسع النظر في تصور هذا العقد وتطور فكره بتجاوز القيود والعناصر التحفظية المذهبية وأخذت المبادئ العامة المتقبلة في عقود أخرى بعين الاعتبار مثل القول بلزومية العقد منذ انعقاده ، وجواز ضرب الأجل فيه، وسحب قاعدة التعامل على كل ما جرى العرف بصناعته حديثا، وتوسيع دائرته على المثليات والقيميات، وجواز أخذ الضمانات التوثيقية من المستصنع وفرض الشرط الجزائي على الصانعين لدى التخلف عن العمل وعدم إنجاز المطلوب في موعده المحدد بدون مسوغ معقول مع جواز الاستصناع المتوازي ، فحينئذ أصبح العقد مرنا صالح التطبيق في مجالات متنوعة كثيرة.

ولكن هذا التطوير المنبثق من خلال هذه الجوانب المشار إليها يجب أن يحافظ فيه على الضوابط الأساسيه للعقد لكي لا يخلص العقد إلى صيغة صورية للاستصناع بعيداً عن حقيقته خاليا من خصائصه ، ومن تلك الضوابط أن يخضع محل العقد للصناعة والعمل عقيب العقد، لأن شرط العمل بعد الاتفاقية هو بمثابة حجر الزاوية أو العمود الفقري في موضوع الاستصناع.

ولا سيما إذا نفذ هذا العقد في المصارف الإسلامية والتحق بدائرة معاملاتها القائمة على التمويل والمداينة فحينئذٍ لابد من إنعام النظر في صورة العقد وحقيقته لصيانته من شروط وقيود تجعل العقد صورياً أو مشوبا بالمحاذير .

هذا، وأما الآفاق الجديدة فهي تتجلى في صور شتى من العقود المعاصرة. ومنها التمويل العقاري لبناء المساكن ، فيمكن أن يقوم الاستصناع بدوره في هذا الإطار وتعالج به هذه المعضلة. وصورة القضية المشار إليها حول الإنشاء والتعمير مثلا أن تكون هناك أرض مملوكة للعميل ويريد البناء عليها ولكنه لا يملك سيولة تكفي للتعمير، فيذهب إلى ممول أو مصرف إسلامي ويقدم خريطة أو تصميماً ويقول : أريد البناء على هذه الأرض بهذه الصفة ويتفقان على الثمن مقدما ، فالممول أو المصرف يدرس الموضوع ويقدر أرباحه بعد معرفة التكاليف في ضوء آراء الفنيين والأخصائيين من المهندسين والمقاولين ويقول للعميل: سأبني لك هذا المنزل بهذه

الصفة بكذا مبلغ مقسط ، فهذه الصورة جائزة إذ ليس هناك ما يصادم أصلاً مقررا شرعيا .

ولكن إذا تلبست هذه الصورة بما يؤدي إلى محظور فالعقد حينئذ يعد فاسدا، كما لو قال المصرف للعميل: أبيعه لك بثمن التكلفة مع زيادة عشرة في المائة ، فهذا لا يجوز لأن الثمن مجهول وقت العقد، ومن المعلوم أن جهالة الثمن وقت العقد مفسد له(١).

ثم تتمثل الآفاق الجديدة للاستصناع في صورة ظهوره في الاستصناع الموازي، ومن ثم في مدى تأثيره في دعم مسيرة الصيرفة الإسلامية وحفزها إلى الأمام. وهذا ما أود بيانه فيما يأتي باختصار:

أ-الاستصناع الموازي = (الاستصناع من الباطن) Back-to-Back Istisna :

سبقت الإشارة إلى أنه إذا تم العقد على طريقة الاستصناع، جاز للصانع أن يتعاقد مع طرف آخر راغبا في صناعة ما طلب منه وأمثاله، بسعر أقل مما اتفق عليه مع الطرف الأول المستصنع، ويبقى هو المسؤول تجاه المستصنع، وبذلك يمكن له أن يربح الفرق الحاصل من السعرين. وهذا هو المعبر عنه بالاستصناع الموازي أو المتوازي في الفقه الاقتصادي المعاصر. وهو الذي يقال عنه الاستصناع من الباطن أيضا.

ومثال ذلك إذا رغب عميل في استصناع سيارة (مرسيدس) مثلا بمواصفات محددة متميزة بواسطة المصرف ، فحينئذ يمكن المصرف أن يقوم بمعرفة تكاليف تصنيع السيارة المطلوبة، وبعد دراسة طلب العميل، يوقع معه العقد، و يكون المصرف صانعا.ثم بعد توقيع العقد يبرم المصرف مع الشركة المصنعة المتخصصة صاحبة امتياز لهذا النوع من السيارات في ألمانيا، يكون المصرف في هذا العقد مستصنعا والشركة المصنعة صانعا.

---

(١) انظر: مجلة مجمع الفقه الإسلامي، مناقشة الدكتور الصديق الضرير، العدد السادس، الجزء الأول، ص ١٦٦.

ويجب أن يكون كلا العقدين منفصلا، لا ارتباط بينهما مطلقا. وبما أن المصرف قد ضمن توفير المطلوب من العميل على أساس الاستصناع، فعليه أن يكون على الاتصال المستمر والمتابعة مع الشركة المصنعة إلى أن يسلمه بعد استيراده للعميل. وحتما يكون ثمن البضاعة مع العميل أعلى من الثمن المحدد مع الشركة المصنعة. وبهذا الضمان -الذي يحتمل الخطر التجاري- يطيب الربح للبنك. وعلى هذا النمط يتحقق الاستصناع الموازي بدون أن يتعرض لمحظور شرعي.

وله نظير في فقه الفقهاء كما هو مصرح به في شركة التقبل والصنائع في أبواب الشركات. ويعضده الأصل المقرر وهو أن الربح يستحق بالضمان كما يستحق بالمال والعمل. وبناء على هذه القاعدة : "إن صانعا (لو) تقبل عملا بأجر ، ثم لم يعمل بنفسه ولكن قبّله لغيره بأقل من ذلك، طاب له الفضل ، ولا سبب لاستحقاق الفضل إلا الضمان".(١)

ثم يؤيد هذا الاتجاه ويشهده ما جاء من كلام الإمام الشافعي في السلم في الطعام، ففيه إشارة واضحة إلى السلم الموازي، ويمكن أن يقاس عليه الاستصنناع الموازي، وإليك نص العبارة:

"ومن سلف في طعام، ثم باع ذلك الطعام بعينه قبل أن يقبضه: لم يجز. وإن باع طعاما بصفة ونوى أن يقضيه من ذلك الطعام فلا بأس، لأن له أن يقضيه من غيره. لأن ذلك الطعام لو كان على غير الصفة لم يكن له أن يعطيه منه، ولو قبضه وكان على الصفة كان له أن يحبسه ولا يعطيه إياه. ولو هلك كان عليه أن يعطيه مثل صفة طعامه الذي باعه".(٢)

---

(١) بدائع الصانع : ٦٢/٦، كتاب الشركة .وهذا يتفق مع ما ذكر المرداوي في "الإنصاف" ٥ / ٤٦٣ أنه "إذا قال: أنا اتقبل وتعمل أنت ، الأجرة بيننا ، جاز جعلا لضمان المتقبل كالمال".

(٢) كتاب الأم ٧٢/٣، باب: حكم المبيع قبل القبض وبعده، مشروع المنتجات والأدوات المالية في الفقه الإسلامي ٧٠٥/٣-٧٠٦، (١٠٤٢)، السلم الموازي

فهنا ما ذكر من إبرام رب السلم صفقة جديدة في بيع الطعام على وجه السلم مع طرف آخر، على أن ينوي قضاء ما في ذمته من الطعام الذي سوف يتسلمه من المسلم إليه، يعطي رؤية واضحة عن وجود تصور السلم الموازي وجوازه بشرط أن لا يكون هناك ارتباط بين العقد الأول واللاحق.

ب-دور الاستصناع في الصيرفة الإسلامية:

و مما لا شك فيه أن الاستصناع الموازي فيه تيسير كبير للمصارف الإسلامية التي في الغالب لا تملك مصانع. ولكن لا يعني هذا التيسير أن يتخلى المصرف عن التزاماته ومسؤولياته المترتبة عليه بسبب العقد بحيث يجعل العميل المستصنع وكيلا ونائبا فيقوم بمتابعة الموضوع مع الصانع الحقيقي ، وبدوره يسلم البضاعة المصنوعة ويكتفي المصرف بأخذ الفرق بين السعرين كما ذكر آنفا ويبقى مجرد وسيط مالي، بدون أن يتحمل تبعات المصنوع من الضمان والحيازة.

وفي هذه الحالة ربما يستشكل موضوع القبض الحقيقي وتسليم المصنوع إلى العميل بالنسبة للمصرف الإسلامي لأنه لا يناطح الأسواق فعلا ولا يملك مستودعات وخزانات أيضا، فهذا يمكن حله ومعالجته بطريقة مناسبة تؤكد وجود الضمان على عهدة المصرف وحيازته المصنوع حيازة اعتبارية حكمية بحيث تتخلى الشركة الصانعة عن مسؤوليتها بعد تجهيز البضاعة المطلوبة وتبلغ المصرف فيأتي أحد مندوبيه ويفحصه في ضوء الشروط والمواصفات، ثم يتفق مع الشركة على حفظ المصنوع في مكان خاص بوضع علامة مميزة باسم المصرف حتى تعتبر البضاعة مقبوضة من طرف المصرف فيحق له أن يسلمها بدوره إلى المستصنع الأول وهو العميل. وهكذا لابد من متابعة العملية وتحمل المسؤولية من طرف المصرف منذ بداية العقد إلى نهايته.

وعلى هذه الشاكلة ينفسح مجال خصيب رحب لتوظيف الأموال الضخمة التي تحوزها المصارف عن طريق الاستصناع، ويمكن أن تمارس هذا النشاط إما مستصنعا أو صانعا، وذلك على النحو الآتي:

أ-يمكن أن يقوم البنك بإجراء عقود مع شركات صناعية ، تطلب منها مصنوعات ومنتجات لها رواج في السوق، ثم يتصرف فيها ببيع أو إجارة أو مشاركة.وفي هذه الحالة يكون مستصنعا.

ب-كما يمكن أن يكون صانعا، حقيقة أو حكما، بأن يقوم بتلبية متطلبات الشركات والمؤسسات في تصنيع منتجات، من خلال ما يملك من شركات ومصانع، أو بالتعاقد مع شركات صناعية-وهذا هو الأغلب-وفي كلا الحالين يتسنى له توظيف ما لديه من أموال.(١)

وعقب الفراغ من بحث الاستصناع من الناحية الفقهية التنظيرية والتطويرية، ينبغي إمعان النظر في الواقع التطبيقي الذي يعبر عن طبيعة ممارسة العقد والآليات المتبعة في هذا الخصوص لدى المصارف والمؤسسات المالية الإسلامية في الوقت الحاضر، لكي يتبين لنا مدى جدوى الاستثمار عن طريق الاستصناع.وهذا يستدعي التعريج على بعض قرارات الهيئات الصادرة في هذا الشأن، التي يمكن أن نخلص منها إلى معرفة مدى سلامة تنفيذ العقد من الناحية الشرعية، وحينئذ يكون هذا العقد كفيلا بتقديم خدمة ذات أثر نافع في مجال التنمية الاقتصادية.

ومما يبعث على الأسف أننا في الواقع لم نظفر بمعلومات كافية تدل على استخدام الاستصناع من قبل المؤسسات المالية بحجم يتناسب مع أهمية العقد وصلاحيته في نمو الاقتصاد الصالح، إذ جاء إنفاذه بشكل باهت محدود في بعض المصارف الإسلامية، وهذا ما يستبين من الاطلاع على عمليات المصارف والمؤسسات المالية الإسلامية، وكذلك بالنظر في القرارات الصادرة من الهيئات المشرفة عليها، فكان هناك شح شديد في التعامل من خلال الاستصناع عبر المسيرة الطويلة للصيرفة الإسلامية.

ولكن في الآونة الأخيرة منذ بضع سنوات برزت اتفاقيات كبيرة مبرمة في تنفيذ عقد الاستصناع بين بعض المصارف وشركات خاصة أو جهات رسمية، ومنها ما يمثله

---

[١] انظر: الجعالة والاستصناع-تحليل فقهي واقتصادي-، للدكتور شوقي أحمد دنيا ٤٤-٤٥

بعض العقود التي تعاقد فيها مصرف الراجحي مع عدة جهات على أساس الاستصناع، كما هو لائح من العناوين الآتية:

١-عقد استصناع لتمويل إحدى شركات الطيران بست طائرات نفاثة. ينظر: قرار الهيئة الشرعية، رقم ٨٠

٢-عقد استصناع لتمويل بناء مجموعة مدارس حكومية. ينظر: قرار الهيئة الشرعية ١٤٧

٣-عقد استصناع لتمويل شركة بتروكيماوية وطنية.ينظر: قرار الهيئة الشرعية ١٨٧

٤-عقد استصناع لتمويل تأثيث عدد من المدارس الحكومية.ينظر: قرار الهيئة الشرعية ٢١٩

٥-عقد استصناع لتمويل إنشاء محطة ضخمة من محطات توليد الكهرباء في منطقة مكة المكرمة "محطة الشعيبية".ينظر: قرار الهيئة الشرعية، ٣٢٥، ٣٢٦ (¹)

وربما أبرمت شركة الراجحي اتفاقيات غير مشروعة باسم صيغة الاستصناع، فكان للهيئة موقف واضح في منعها.ومثال ذلك ما جاء تحت عنوان "إلغاء العمل بعقد الاستصناع المنفذ من خلال مكتب الشركة في لندن"، في قرار الهيئة ذي الرقم ٣١٣، فمما ورد فيه ما نصه كالآتي:

"بناء على الملاحظات المتكررة من المحاسب القانوني للشركة حول عقد الاستصناع الذي تنفذه الشركة من خلال مكتبها في لندن، اطلعت الهيئة على العقد المذكور الذي نفذته مع شركة دايو الكورية، وشركة مارويني، ولا تزال تنفذه حتى تاريخه...، وبعد دراسته وجدت عليه ملاحظات رئيسية تجعله غير مقبول من الناحية الشرعية..وخلاصة العقد أنه عبارة عن اتفاقيتين للشراء والبيع مدمجتين من خلال

(¹) انظر: عقود التمويل المستجدة في المصارف الإسلامية-دراسة تأصيلية تطبيقية-، للدكتور حامد بن حسن ميرة، ٤٩٩

فقراتهما في اتفاقية واحدة، والاتفاقيان اسمهما: استصناع، وجوهرهما وكالة على غير وجهها الشرعي...

وبعد تأمل الهيئة فيما ذكر توصلت لما يلي:

"إن هذه الاتفاقية رغم تسميتها بالاستصناع، فهي لا تعدو كونها اتفاقية وكالة متطابقة في معظم بنودها وشروطها مع اتفاقية الوكالة التي سبق أن ألغتها الهيئة الشرعية بقرارها رقم (٢٤٥). وفي هذه الاتفاقية يقوم الوكيل بكل واجبات الشراء والبيع، وعليه تقع مسئولية التخزين، وتحمل الأضرار والأخطار المتعلقة بالسلع محل التعامل، كما يضمن للراجحي كمدين أساسي دفع سعر البيع في تاريخه، وإن تأخر عن ذلك يدفع غرامة مالية.وهذه الاتفاقية لا تحمل أيا من صفات وشروط عقد الاستصناع أو عقد الوكالة على الوجه الشرعي، وما هي إلا حيلة للوصول إلى التعامل الربوي من خلال مسميات شرعية، وإن على الشركة التوقف عن التعامل بهذا العقد فورا...".(١)

ثم عقب الإشارة إلى بعض التطبيقات العملية للاستصناع لابد من طرح سؤال مهم وهو مدى نجاح طموحات الداعين إلى تحقيق الاقتصاد الإسلامي في واقع التعامل، من خلال إبراز الاستصناع ، فيا ترى هل هناك التزام من المصرف يمثل متابعة سير العمل في المشروع الذي يقوم بتنفيذه الصانع، كما هو الشأن في شركة التقبل في الفقه الإسلامي، لكي يتصور وجود عنصر من الضمان من طرف الوسيط ؟ إذ هو المعيار الوحيد على أقل تقدير يعد كفيلا بتحقيق التمويل المشروع، أما إذا خلا التمويل من أي التزام فمجرد ترتيب منظومة العقد تحت الاستصناع ونحوه، فهو تمويل غير إسلامي.

في الحقيقة لم نقف على تطبيقات تتوافق وتتفاعل مع توجهات الاقتصاد الإسلامي المبني على الاستثمار المثالي من خلال تطبيق قاعدة الغرم بالغنم. فقد بدا لنا من تقليب النظر في الإجراءات المتبعة في التنفيذ أن هناك سعيا حثيثا في تسليك الاستصناع مسلك العقود النمطية الأخرى المتداولة في السوق.وهي التي ترمي إلى تفادي الخطر التجاري الطبيعي والوصول إلى ربح مضمون. وبالتالي تغلب عليها

---

(١) قرارات الهيئة الشرعية لشركة الراجحي ٢/١٣٨-١٤١

الصورية، فلا يكاد يظهر فيها عنصر الضمان في جهة الممول، وإنما المآل هو التمويل المحض تحت إجراءات محددة تحت عنوان "عقد استصناع".ولذا ترى الدول الأجنبية قد رحبت بفكرة التمويل الإسلامي وبدأت تعقد صفقات كبرى تحت عقد استصناع، واستطاعت استيعاب أرصدة ضخمة من المسلمين بحجة أنها توظفها وتستثمرها تحت غطاء شرعي إسلامي!

وفيما يبدو أن خطوات التمويل عبر الاستصناع تخلص إلى أن المصرف الإسلامي بعد دراسة المشروع محل الإنجاز يقدم التمويل المطلوب إلى العميل أو إلى الجهة الصانعة جملة أو مقسطا حسب الاتفاقية ويتقاضى ربحا على أساس رسم الخدمة، بنسبة محددة.

وربما يقال إن الاستصناع عقد لا يخلو من المخاطر، لأنه يعتمد على تحصيل المنتجات الصناعية مستقبلا، وقيمتها السوقية يتخللها التذبذب إلى نهاية العقد أو عند التسليم.وعلى هذا تهاب المصارف تأسيس صناعتها المصرفية على العقد الذي يخشى عليه من المخاطر!

ويدفع ذلك بأن هذا النوع من الخطر أمر طبيعي، لا تخلو منه تجارة حقيقية،"وقاعدة "الخراج بالضمان" تقرر بأن لا ربح ولا كسب بدون تحمل الخطر التجاري. ومن المعلوم أن التخطيط السليم بتقدير تكلفة المشروع المقترح إنجازه لا يزعزعه تذبذب أسعار السوق في أغلب الحالات. وليس بخاف أن محاولات الحذر من الخطر التجاري تقلص من نمو الاقتصاد الحقيقي.فكل عملية بنيت على أساس العقد الصوري تجدها في نهاية المطاف متلبسة بمحظور شرعي.

ومن الجدير بالتنبيه إلى أن ممارسة هذا العقد بأساليب تؤدي إلى خرق الضوابط الشرعية المحددة ، مآلها إلى الوساطة المالية الصوريه المقنعة بصيغ شرعية ، وباتباع هذا المنهج مع محاكاة البنوك الربوية والسير على وتيرتها لن تخرج المصارف الإسلامية عن طابعها التقليدي.

وربما أخذت في الحسبان في تنفيذ هذا العقد الآلية المتبعة في المرابحة من إضافة هامش الربح إلى رأس المال، ونحو ذلك. وهذا ما جعل أحد الباحثين من الغرب، الذي تصدى للكتابة في العقود المالية الإسلامية أن يصور آلية الاستصناع بقوله: (١)

The mechanism is analogous to murabaha with order to purchase.

ومعناه : "أن العملية شبيهة بالمرابحة للآمر بالشراء".

وفي الحقيقة يختلف الاستصناع في طبيعته عن المرابحة التي تنبني على معرفة الثمن ونسبة الربح، وهي من بيوع الأمانة. أما الاستصناع فهو عقد مبني على ثمن محدد. وعلى هذا "لا يجوز إجراء المرابحة في الاستصناع بأن يحدد الثمن بالتكلفة وزيادة معلومة".(٢)

وبما أن عقد المرابحة للآمر بالشراء، ينفذ غالبا بأسلوب يؤدي إلى صورية العقد، ولذلك نادى كثير من الفقهاء المعاصرين في الآونة الأخيرة بإلغاء هذا العقد أو تقليصه أو قصره على المستهلكين دون المستثمرين، فهناك ضجيج في المؤتمرات والمجامع والندوات الفقهية حول هذا النوع من التمويل الذي استساغه الناس لكونه مقطوع الربح مع عدم تحمل تبعات القبض والضمان. فإذا صيغ الاستصناع على نسيجه، وجرد عن روح العمل الصناعي والتجارة عاد إلى نفس المآل الذي ذكر آنفا. فعلى سبيل المثال إذا جاء عميل يطلب من البنك صناعة شيء لعدم وجود السيولة المالية عنده ، فلبى البنك هذا الطلب ، واتفقا على أن يلتزم البنك بتقديم المصنوع حسب المواصفات المطلوبة في أجل محدد لقاء عوض معين يسدده العميل بالأقساط، فلا حرج في هذه الاتفاقية، وحينئذ يمكن للبنك أن يتعاقد مع شركة صناعية يطلب منها صناعة المطلوب، وبعد الفراغ والإنجاز يتسلم البنك المصنوع - ولو تسلما حكميا- ثم بدوره يسلمه إلى العميل، فهذه المعاملة تغلب عليها السلامة من المحظور، لتحملها الخطر التجاري ولابتعادها عن الصورية. ولكن لو حصل الربط بين عقدي الاستصناع

---

(١)Eslamic law And Finance by Vogel and Hayes ، page 147 .

(٢) المعايير الشرعية ص١٤٧

بحيث جعل العميل وكيلا عن المصرف في متابعة العملية ، ثم بعد الفراغ من العمل باع الموكل المصنوع للعميل الوكيل بسعر مؤجل فهذا لا يخلو من شوائب التمويل الربوي.

ولذلك "ينبغي الحذر في أسلوب الاستصناع المتوازي من الربط بين العقدين أو من توكيل المشتري طالب السلعة بالتعاقد على استصناعها أو قبضها أو الإشراف على صناعتها أو قيامه بشيء من الأدوار التي تقلص دور المصرف في العملية ، مما يحول العملية إلى مجرد قرض بفائدة .

ويجب الحذر من تحول الاستصناع المتوازي إلى عملية إقراض بالفائدة، يجب أن لا ينتظر المصرف الإسلامي حتى يأتيه شخصان قد اتفقا فيما بينهما أحدهما صانع والآخر مستصنع يريد تمويلا ليدفع للصانع مقدما، فيدخل المصرف بينهما مقرضا بالفائدة ملتفا بعباءة الاستصناع المتوازي"(١). والله أعلم.

المبحث السابع: ضوابط ومعايير محل الاعتبار في تنفيذ الاستصناع:

وأرى من المفيد والمكمل للموضوع في نهاية المطاف أن تسجل ضوابط و معايير جديرة بالاعتناء والاعتبار في تطبيق الاستصناع.وهي كما يأتي:

١-"لا يجوز الربط بين عقد الاستصناع وعقد الاستصناع الموازي، ولا يجوز التحلل من التسليم في أحدهما إذا لم يقع التسليم في الآخر، وكذلك التأخير أو الزيادة في التكاليف".(٢)

٢-" يجوز أن يشترط في عقد الاستصناع أن يتم الصنع من المؤسسة نفسها، وفي هذه الحالة يجب عليها التقيد بذلك، ولا يحق لها أن تعهد بالإنجاز إلى غيرها".(٣)

٣-"يجوز تحديد مدة لضمان عيوب التصنيع أو الالتزام بالصيانة لمدة معينة يتفق عليها الطرفان أو يجري بها العرف".(٤)

---

(١) عقد الاستصناع للدكتور محمد سليمان الأشقر (ومعه بيع المرابحة والسلم) ص ١٧٣ - ١٧٤.

(٢) المعايير الشرعية ١٥٠

(٣) المعايير الشرعية ١٤٧

(٤) المعايير الشرعية ١٤٧

٤-عقد الاستصناع يتم بين المتعامل-المستصنع-، والمصرف باعتباره صانعا ولا يلزم أن يلتزم الصانع بالقيام بالعمل بنفسه، بل له أن يعهد بهذا العمل إلى غيره من مقاول أو شركة مقاولة. ومن مهمة المصرف أن يراقب سير العمل بطريقة جدية يظهر فيها دوره. وعلى هذا ليس من حق المستصنع أن يختار المقاول، لأن ذلك من حق الصانع.

ولا يجوز الاتفاق على أن يتولى العمل مقاول المستصنع. لأن هذا الاتفاق يقلب المعاملة إلى مجرد قرض مع زيادة في مقابل الأجل.(١)

٥-بما أن عقد الاستصناع ينصب على الأعمال غير المنفذة وقت توقيعه، فلا يجوز أن يسري على ما تم تنفيذه، لأن التمويل في هذه الحالة يكون قرضا بفائدة لا يجوز.(٢)

٦-لا يجوز شرعا بعد توقيع عقد الاستصناع دفع البنك لأي مبالغ للمتعامل المستصنع أو لحسابه تحت أي اسم من الأسماء، وتقاضيها مستقبلا مع زيادتها، لأن الزيادة ربا.(٣)

٧-لا يجوز شرعا النص في عقد الاستصناع على تحمل المستصنع أي زيادة ناتجة عن تغير سعر الصرف عند قيام البنك بالدفع لمقاول الباطن، فإذا ما تم توقيع الاستصناع مع المتعامل وحدد في هذا العقد ثمن الاستصناع بعملة معينة، فإن المتعامل يلتزم بالدفع بهذه العملة.(٤)

٨-المواد اللازمة للصناعة، والشيء المصنع، في مراحل التصنيع، وقبل تسليمه للمستصنع، مملوك للصانع، وتجري عليه جميع أحكام الملك. فإذا مات الصانع،

---

(١) انظر: فتاوى هيئة الفتوى والرقابة الشرعية لبنك دبي الإسلامي، اعتنى به د. علي القره داغي ٣٨٠/١، ط: دار البشائر الإسلامية

(٢) انظر: المرجع نفسه ٤٣٤/١

(٣) المرجع نفسه ٤٤٢/١

(٤) المرجع نفسه ٤٧٠/١

انتقلت ملكية المواد أو العين وهي تحت التصنيع أو بعد التصنيع وقبل التسليم إلى الورثة، ويحلون محل مورثهم.(١)

٩-إذا فسخ عقد الاستصناع ، فلا يجوز للمصرف تقاضي نسبة محددة على مبالغ التمويل ، لأنها فائدة ربوية وإن أسبغ عليها اسم الربح، فهي نسبة مئوية محددة، على مبلغ التمويل، في مدة التمويل، دون وجود عقد وسيط.(٢)

١٠-إن المصرف هو الصانع في عقد الاستصناع الموازي، ولذا هو الذي يطرح المناقصة و يختار المقاول، فالمهم ألا يكون هناك علاقة تعاقدية بين العميل المستصنع ومقاول الباطن، لكي لا ينقلب عقد المصرف مع المقاول عقدا صوريا، ويكون مآل العقد مجرد تمويل للعميل يتمثل في عقد قرض ربوي.(٣)

١١-لا يجوز أن يكون دور المؤسسة تمويل عقد استصناع أبرم بين مستصنع وجهة أخرى، ولا سيما عند عجزه عن سداد مستحقات تلك الجهة، سواء كان ذلك قبل الشروع أم بعده.(٤)

١٢-لا يجوز اشتراط الصانع البراءة من العيوب في عقد الاستصناع.(٥)

١٣-يشترط أن يكون ثمن الاستصناع معلوما عند إبرام العقد، ويجوز أن يكون نقودا، أو عينا، أو منفعة لمدة معينة، سواء أكانت منفعة عين أم منفعة المصنوع نفسه. وهذه الصورة الأخرى تصلح للتطبيق في حال منح الجهات الرسمية عقود امتياز نظير الانتفاع بالمشروع لمدة معينة Build Operate Transfer (٦)

١٤-"إذا انخفضت التكلفة الفعلية التي أنفقتها المؤسسة في إنجاز المصنوع عن التكلفة التقديرية، أو حصلت المؤسسة على حسم من الجهة التي قامت بالصنع

---

(١) المرجع نفسه ١/ ٤٦٤

(٢) انظر: المرجع نفسه ١/٤٩٠-٤٩١

(٣) انظر: المرجع نفسه ١/٤٧٢-٤٧٣

(٤) المعايير الشرعية ص١٤٦

(٥) المعايير الشرعية ١٤٦

(٦) المعايير الشرعية ١٤٧

لصالح المؤسسة في الاستصناع الموازي لتنفيذ الصفقة مع العميل، فلا يجب على الصانع تخفيض الثمن المحدد في العقد، ولا حق للمستصنع في الفرق أو جزء منه، وكذلك الحكم في زيادة التكلفة".(١)

١٥-"يجوز أن يتضمن عقد الاستصناع شرطا جزائيا غير مجحف لتعويض المستصنع عن تأخير التسليم بمبلغ يتفق عليه الطرفان إذا لم يكن التأخير نتيجة لظروف قاهرة أو طارئة، ولا يجوز الشرط الجزائي بالنسبة للمستصنع إذا تأخر في أداء الثمن".(٢)

١٦-"يجوز الاستصناع لإتمام مشروع بدأ به صانع سابق وحينئذ يجب تصفية العملية بحالتها الراهنة، على حساب العميل مع الصانع السابق، حيث تظل الديون-إن وجدت-التزاما شخصيا عليه، ومن ثم إبرام عقد استصناع لبقية العمل، دون التزام المؤسسة بالصانع السابق، بل ينص على أن لها الحق في إنجاز العمل بأي وسيلة تراها مناسبة".(٣)

---

(١) المعايير الشرعية ١٤٧

(٢) المعايير الشرعية ١٤٩

(٣) المعايير الشرعية ١٤٨

خاتمة البحث:

في ختام البحث نود التأكيد أن مجالات الاستثمار عن طريق الاستصناع واسعة جدا. فهناك مشروعات حيوية كبيرة يمكن إنجازها من خلال إبرام عقود مع العديد من الشركات المحلية والأجنبية في كل مكان تمس الحاجة إلى تلك المشاريع. ومنها على سبيل المثال إنشاء شبكات الصرف الصحي لمختلف الأحياء في كل بلد. فمن السهولة بمكان أن تطرح الدولة مناقصات لعقد استصناع لهذا الغرض، ثم تبرم الاتفاقية مع الشركة الصانعة التي ترسو عليها المناقصة.

وهذا يتمثل في توفير المرافق الأساسية لعامة الشعوب، وعلى غرار ذلك يمكن بناء الجسور وتعبيد الطرق وإنشاء محطات الكهرباء والمطارات وغير ذلك.

وهذا سوف يؤدي إلى توفير الفرص للعمل، والقضاء على البطالة إلى حد كبير، والانخفاض في الأسعار، بالنظر إلى أن تكلفة الشحن و النقل باهظة، على أنه لا حرج في تصنيع بعض السلع في بلدان أخرى تمتلك إمكانات ضخمة لصناعة المطلوب بسعر أقل، فربما توافرت فيها عمالة رخيصة بجودة أكثر.

وبهذا تجد "الاستصناع يسهم في سيادة أسعار تعكس الاعتبارات الرشيدة للطلب، والعرض للسلعة محل التعاقد".(١)

وربما يظهر بمزيد من التأمل أن أنشطة الإنتاج والتوزيع والاستهلاك تبرز مترابطة عن طريق الاستصناع، وهي العناصر الأساسية الثلاثة التي تشكل نظاما اقتصاديا. ومن المتوقع في حال تفعيل الاستصناع وفق الضوابط المشروعة ومن ثم بروزه على الساحة أن تقلص ظلال المرابحة والتورق المنظم ونحوهما من الصيغ التمويلية التي أصبحت في الآونة الأخيرة مثار التندر والتنديد، لما يساورها من التحايل الذميم والصورية الممقوتة في العقود.

---

(١) بيع الاستصناع وتطبيقاته المصرفية المعاصرة، لفياض عبد المنعم ص ٩، من منشورات مركز الاقتصاد الإسلامي، القاهرة

ومن الحري بالذكر أنه نظراً لعظم شأن الصناعة ودورها الكبير في بناء المجتمع يرى بعض الفقهاء أن صناعة ما يحتاج إليه الناس من الواجب الكفائي (١) الذي لامحيص عنه . ومما يؤسف له أنه قد لوحظ التقصير في هذا الجانب من المسلمين في العصور الأخيرة إذ لم يسايروا الازدهار الصناعي في شتى المجالات التي تشتد الحاجة إليها، وهذا ما أضعفهم اقتصادياً ... لأن الصناعات زاحمت الحياة البشرية واكتسحت العالم، وبالتالي فرضت الدول الصناعية سيطرتها في عالم التجارة وامتصت أموال المسلمين. أما الدول النامية المتخلفة عن الصناعة والتقانة فأصيبت بتدهور اقتصادي هائل، فدولة فرنسا مثلا كانت تبيع طائرة واحدة بأكثر من ستين مليون دولار قبل سنوات، ووراء هذه الصفقة أرباح خيالية لا تخفى على المستوردين ... وكل ذلك يتطلب أن تنهض صناعات مختلفة حاجية في البلاد الإسلامية . ويمكن أن تقوم المصارف الإسلامية بدورها الجدي البناء في هذا المجال في صورة تنفيذ عقود الاستصناع على نطاق واسع ... ومن المعلوم أن عجلة الإنتاج لن تتوقف إذ المنافسة في مضمار الصناعات في ازدياد مستمر والخاسر فيه من عطل فكره وجمد ماله ووقف مكتوف اليد واقتنع باليسير لقصور نظره في أساليب التنمية لا لزهده في الدنيا ، ولخوفه الشديد من المخاطرة وعدم جرأة جنانه على اقتحام ميدان التجارة الحقيقية .

ومما لا شك فيه أن الدخول في ميدان الصناعات ليس قاصراً ومبنياً على استخدام عقد الاستصناع فهناك عقود أخرى من السلم وغيره يمكن أن يتحقق به المقصود، ولكن عقد الاستصناع فيه مجال رحب فسيح للاستثمار أكثر من غيره لما يتميز بخصائص ذات مرونة تشجع المستثمرين على دخول قنوات جديدة واسعة للتجارة بوسائل مشروعة.وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين.

---

(١) انظر : مجموع فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية ٧٩/٢٨ – ٨٠، والمنثور في القواعد للزركشي ٣٧/٣.

فهرس المراجع:

– من مراجع التفسير والحديث:

١- التحوير والتنوير –تفسير ابن عاشور–، لمحمد الطاهر ابن عاشور، الطبعة الأولى، الدار التونسية، تونس.

٢-شرح السنة ،للحسين بن مسعود بن محمد البغوي ، تحقيق: شعيب الأرناؤوط ومحمد زهير الشاويش، الطبعة الأولى، بيروت، المكتب الإسلامي، ١٤٠٠ه-١٩٨٠م.

٣-صحيح البخاري –مع فتح الباري–، ترقيم: فؤاد عبد الباقي، بيروت، دار الفكر

٤-صحيح مسلم للإمام أبي الحسين محمد بن الحجاج القشيري النيسابوري،–مع شرحه"المفهم"– للقرطبي–، الطبعة الأولى، بيروت.

٥-المفهم لما أشكل من تلخيص كتاب مسلم، لأبي العباس أحمد بن عمر القرطبي، تحقيق: محي الدين مستو، يوسف علي بديوي وآخران، الطبعة الأولى، دار ابن كثير، بيروت ١٤١٧هـ-١٩٩٦م

– من مراجع الفقه:

٦-الاختيار لتعليل المختار، للموصلي عبد الله بن محمود بن مودود، ط: مصطفى البابي الحلبي ط٢، ١٣٧٠هـ

٧-إعلام الموقعين عن رب العالمين، لمحمد بن أبي بكر ابن القيم، تحقيق: محمد محي الدين عبد الحميد، ط: القاهرة، مطبعة السعادة ١٣٧٤هـ-١٩٥٥م

٨- الأم، للإمام الشافعي محمد بن إدريس، القاهرة، الدار المصرية للتأليف والترجمة.

٩-الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام المبجل أحمد بن حنبل، للمرداوي، علاء الدين أبي الحسن بن سليمان، الطبعة الأولى، تصحيح وتحقيق: محمد حامد الفقي، مصر، مطبعة السنة المحمدية، ١٣٧٤هـ-١٩٥٥م للمرداوي

١٠-البحر الرائق–شرح كنز الدقائق–، لابن نجيم زين الدين بن إبراهيم بن محمد، القاهرة، دار الكتاب الإسلامي، ١٣١١هـ

١١-بدائع الصنائع، للكاساني علاء الدين أبي بكر بن مسعود، ط: القاهرة ، مطبعة العاصمة

١٢-البناية شرح الهداية، لبدر الدين أبي محمد محمود بن أحمد العيني، تصحيح محمد ناصر الإسلام الرامفوري، الطبعة الأولى، ١٤٠٠هـ-١٩٨٠م

١٣-البيان والتحصيل، لأبي الوليد محمد بن أحمد ابن رشد، تحقيق: لجنة من العلماء، الطبعة الأولى، دار الغرب الإسلامي، بيروت.

١٤-تبيين الحقائق-شرح كنز الدقائق-، لعثمان بن علي بن يحى الزيلعي، دار الكتاب الإسلامي، بيروت

١٥-تحفة الفقهاء، لعلاء الدين محمد بن أحمد السمرقندي،، بيروت، دار الكتب العلمية، ١٤١٤هـ-١٩٩٣م

١٦-درر الحكام شرح مجلة الأحكام ، لعلي حيدر، تعريب: المحامي فهمي الحسيني، بيروت، منشورات مكتبة النهضة.

١٧-رد المحتار على الدر المختار = حاشية ابن عابدين، محمد أمين، بيروت ، دار الفكر.

١٨-روضة الطالبين للنووي لأبي زكريا محي الدين يحى بن شرف النووي، المكتب الإسلامي بيروت.

١٩-الفتاوى السعدية، لعبد الرحمن الناصر السعدي، الطبعة الأولى، دمشق، مطبعة دار الحياة، ١٣٨٨هـ-١٩٢٨م

٢٠-الفتاوى الهندية، إعداد: لجنة من الفقهاء، تحت إشراف السلطان الفقيه أبي المظفر محي الدين محمد أورنك زيب عالمكير، ط ٢، القاهرة ١٣١٠هـ

٢١-فتح القدير-شرح الهداية-، لابن الهمام كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي، تصوير: بيروت من طبعة بولاق-القاهرة، ١٣١٦هـ

٢٢-الفواكه الدواني في شرح رسالة أبي زيد القيرواني، لأحمد بن غنيم النفراوي، دار المعرفة، بيروت.

٢٣-كشاف القناع عن متن الإقناع، لمنصور بن يونس بن صلاح الدين البهوتي، مطبعة أنصار السنة المحمدية، القاهرة

٢٤-المبسوط، للسرخسي أبي بكر محمد بن أحمد بن سهل، بيروت، دار المعرفة للطباعة والنشر، ١٣٩٨هـ

٢٥-مجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر، لعبد الله بن محمد بن سليمان المعروف بـ "داماد أفندي"، دار الطباعة العامرة، تركيا.

٢٦-مجلة الأحكام العدلية، للجنة من علماء الدولة العثمانية.

٢٧-مجموع فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية، تقي الدين أحمد بن عبد الحليم الحراني، الطبعة الأولى، جمع و ترتيب عبد الرحمن بن محمد بن قاسم العاصمي والحنبلي وابنه محمد، الرياض، مطابع الرياض، ١٣٨١هـ

٢٨-المجموع -شرح المهذب- لأبي زكريا محي الدين النووي، تحقيق: محمد نجيب المطيعي، مطبعة الإرشاد، جدة.

٢٩-المحيط البرهاني، لبرهان الدين أبي المعالي محمود بن صدر الشريعة ابن مازة البخاري، ط ١ مؤسسة نزيه كركي، بيروت ١٤٢٤هـ

٣٠-المدونة الكبرى-رواية سحنون بن سعيد التنوخي عن الإمام عبد الرحمن بن القاسم، الطبعة الأولى ١٣٢٣م، مطبعة السعادة

٣١-المعونة على مذهب عالم المدينة ،للقاضي عبد الوهاب بن علي بن نصر البغدادي، تحقيق ودراسة: حميش عبد الخالق، الطبعة الأولى، مكتبة الرياض، مكة المكرمة.

٣٢-المغني لابن قدامة، موفق الدين عبد الله بن محمد المقدسي، ط:الأولى، القاهرة، هجر للطباعة والنشر.

٣٣-المقدمات الممهدات لابن رشد "الجد"، أبي الوليد محمد بن أحمد، الطبعة الأولى، تحقيق: د.محمد حجي، وسعيد أحمد أعراب، بيروت، دار الغرب الإسلامي ١٤٠٨هـ/١٩٨٨م

٣٤-موسوعة الفقه الإسلامي، القاهرة، المجلس الأعلى للشؤون الإسلامية، ١٣٩١هـ

٣٥-الموسوعة الكويتية، إعداد: لجنة من العلماء، ط: وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الكويت.

٣٦-النتف في الفتاوى، لأبي الحسن محمد السغدي، تحقيق: د.صلاح الدين الناهي، دار الفرقان، عمان، مؤسسة الرسالة، بيروت، ١٤٠٤هـ-١٩٨٤م

من كتب القانون:

٣٧-الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، لعبد الرزاق أحمد السنهوري، بيروت، دار إحياء التراث العربي ١٩٥٢م

- من كتب القواعد والأصول:

٣٨- فتح الغفاربشرح المنار، لابن نجيم، زين الدين إبراهيم، الطبعة الأولى، مصر، مطبعة مصطفى البابي الحلبي، ١٣٥٥هـ-١٩٣٦م

٣٩-المنثور في القواعد للزركشي، بدر الدين محمد بن بهادر بن عبد الله، تحقيق: تيسير فائق أحمد محمود، الكويت، مؤسسة الخليج للطباعة والنشر ١٤٠٢هـ-١٩٨٢م

كتب فقهية معاصرة في المعاملات:

٤٠-بيع الاستصناع وتطبيقاته المصرفية المعاصرة، لفياض عبد المنعم، من منشورات مركز الاقتصاد الإسلامي، القاهرة

٤١-الجعالة والاستصناع- تحليل فقهي و اقتصادي-للدكتور شوقي أحمد دنيا، البن الإسلامي للتنمية، المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب، ١٤١١هـ= ١٩٩٠/١٩٩١م

٤٢-عقد الاستصناع في الفقه الإسلامي-دراسة مقارنة-، لكاسب عبد الكريم البدران، الإسكندرية، دار الدعوة.

٤٣-عقد الاستصناع وأثره في تنشيط الحركة الاقتصادية، للدكتور محمد أحمد الصالح ، الطبعة الأولى، ١٤١٧هـ-١٩٩٦

٤٤-عقد الاستصناع ومدى أهميته في الاستثمارات الإسلامية المعاصرة، لمصطفى أحمد الزرقا، البنك الإسلامي للتنمية، المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب، بجدة

٤٥-عقد الاستصناع-ومعه بيع المرابحة والسلم- للدكتور محمد سليمان الأشقر، دار، النفائس، بيروت، الطبعة الثانية ١٤١٥هـ-١٩٩٥

٤٦-عقود التمويل المستجدة في المصارف الإسلامية-دراسة تأصيلية تطبيقية-، للدكتور حامد حسن ميرة، ، الطبعة الأولى، دار الميمان للنشر والتوزيع، الرياض

٤٧-فتاوى هيئة الفتوى والرقابة الشرعية لبنك دبي الإسلامي، اعتنى به د. علي القره داغي، ط.بيروت، دار البشائر الإسلامية

٤٨-قرارات الهيئة الشرعية لشركة الراجحي، الطبعة الأولى، من مطبوعات شركة الراجحي المصرفية للاستثمار. ١٤١٩هـ-١٩٩٨م

٤٩-مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد السادس، و العدد السابع، ط: دارالقلم، دمشق.

٥٠-مشروع المنتجات والأدوات المالية في الفقه الإسلامي، الطبعة الأولى، إعداد:المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب، البنك الإسلامي للتنمية.

٥١-المعايير الشرعية ١٤٣١هـ-٢٠١٠م، هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية، بالبحرين

- من مراجع الأدب واللغة والتراجم:

٥٢-لسان العرب.لابن منظور، أبي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم، بيروت، دار صادر.

٥٣-المعجم الوسيط، القاهرة، مجمع اللغة العربية، ١٤٠٥هـ-١٩٨٥م

٥٤-أدب الدنيا والدين للماوردي، أبي الحسن علي بن محمد بن حبيب، تحقيق" ياسين محمد سواس، ط:الأولى، دار ابن كثير، دمشق، بيروت ١٤١٣هـ ١٩٩٣م.

٥٥-الجواهر المضية في طبقات الحنفية للقرشي، عبد القادر بن أبي الوفاء محمد، تحقيق الدكتور عبد الفتاح محمد الحلو، الطبعة الأولى، القاهرة، ط: هجر للطباعة.

- من مراجع اللغة الانجليزية:

56- Islamic Law And Finance ،Vogel And Hayes. Kluwer Law International (1998)